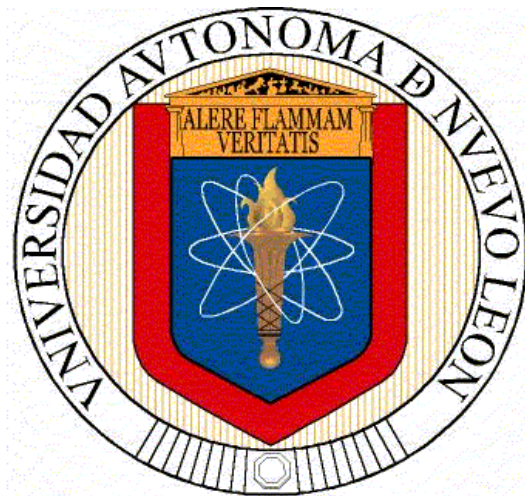


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



T E S I S

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA**

**Un instrumento para asignar contenido esencial a los
Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

POR:

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

**PRESENTADA PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTORADO EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN
DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, N.L., SEPTIEMBRE DE 2014



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
División de Estudios de Posgrado



**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA**

Un instrumento para asignar contenido esencial a los
Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

T E S I S

PRESENTADA PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTORADO EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN
DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

POR:

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

ASESOR:

DR. RAFAEL AGUILERA PORTALES

ANTE EL HONORABLE JURADO:

PRESIDENTE:

SECRETARIO:

1er VOCAL:

2do VOCAL:

3er VOCAL

CD. UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2014

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA**

Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Abreviaturas

Introducción

0.	Objeto de la investigación y metodología a seguir	1
0.1	Precisiones conceptuales en torno al objeto de estudio: ponderación y principio de proporcionalidad	4
0.2	Estructura y desarrollo de la investigación	9

CAPÍTULO 1

**LA RECONFIGURACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS
EN MÉXICO A PARTIR DEL NEOCONSTITUCIONALISMO**

1.1	La reconfiguración de los sistemas jurídicos contemporáneos en el Neoconstitucionalismo	20
1.1.1	La Constitución principialista y de valores: un nuevo paradigma	25
1.1.1.1	El tránsito de las Constituciones declarativas a las Constituciones normativas	31
1.1.1.2	La Dignidad Humana como valor superior del ordenamiento jurídico y premisa constitutiva de los Derechos Fundamentales en las Constituciones modernas	34
1.1.1.2.1	El reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona como valores superiores del ordenamiento en el Estado Constitucional mexicano	40

1.1.1.3	El reconocimiento de principios constitucionales en la jurisprudencia mexicana	46
1.1.2	Un modelo más sofisticado de interpretación judicial en el Neoconstitucionalismo	58
1.2	La construcción de un modelo de Derechos Humanos en México	61
1.2.1	La concepción de Derechos Humanos conforme al modelo de tutela jurisdiccional en el siglo XIX	62
1.2.2	La incorporación de un pretendido modelo Garantista de Derechos en la Constitución Mexicana de 1917	72
1.2.3	La reforma constitucional de Derechos Humanos en 2011: un nuevo paradigma	81
1.2.3.1	La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano	84
1.2.3.2	La incorporación de los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana	86
1.2.3.3	Cambio de paradigma: control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso	89
1.2.3.4	Procesos de concreción de los derechos fundamentales: jerarquía vs armonización	101

CAPÍTULO 2
EL MODELO PRINCIPIALISTA DE DERECHOS HUMANOS:
SU INDETERMINACIÓN Y CONCRECIÓN A PARTIR
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

2.1	La ductilidad e indeterminación de los sistemas jurídicos en el Estado Constitucional	110
2.1.1	El derecho dúctil como expresión de la pluralidad en los sistemas constitucionales y legislativos actuales	112
2.1.2	Tesis de completitud versus tesis de indeterminación de los sistemas jurídicos	117
2.1.2.1	La tesis de la completitud en Kelsen y Dworkin	118
2.1.2.2	La tesis de la indeterminación en Hart y Endicott	128
2.1.2.2.1	La discrecionalidad judicial y los mecanismos de interpretación del juez: zonas de penumbra y el plano de la indeterminación	132
2.1.2.3	La interpretación tradicional de las leyes en México en el marco de la tesis de la indeterminación y discrecionalidad judicial	135
2.2	La justificación de las decisiones en casos difíciles: teoría estándar de la argumentación jurídica	157
2.2.1	La ruptura con la lógica formal y la rehabilitación del paradigma argumentativo	164
2.2.2	Las herramientas de la argumentación jurídica para la justificación interna de las decisiones judiciales: Perelman y Toulmin	166
2.2.3	La propuesta sobre un constitucionalismo discursivo y la reconexión conceptual entre el derecho y moral (Alexy)	173

2.3	El principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para asignar significado concreto a los Derechos Fundamentales	181
2.3.1	Límites a los derechos fundamentales conforme al criterio material y estructural	189
2.3.1.1	El criterio material para la asignación de significado a los derechos fundamentales	191
2.3.1.1.1	Las teorías materiales de los derechos fundamentales: liberal, democrática, del Estado Social y del orden objetivo de valores	193
2.3.1.2	El criterio estructural para la asignación de significado a los derechos fundamentales	198
2.3.1.2.1	La configuración de los Derechos Fundamentales: la teoría interna y su distinción con la teoría externa	198
2.3.1.2.2	Contenido esencial de los Derechos Fundamentales: teorías absoluta, relativa y mixta	200
2.4	Premisas para la activación del principio de proporcionalidad	204
2.4.1	La existencia de un caso difícil donde se inscriba, prima facie, una norma de derecho fundamental	205
2.4.2	Que limite o restrinja principios o valores constitucionales: intervención en el contenido de la norma iusfundamental	210
2.4.3	La solución a conflictos de derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad	218
2.4.3.1	Subprincipio de adecuación o idoneidad	221
2.4.3.2	Subprincipio de necesidad	225
2.4.3.3	Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)	227

CAPÍTULO 3

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON CONSTITUCIONAL PARA LIMITAR O RESTRINGIR LOS DERECHOS HUMANOS: SU CONSOLIDACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

3.1	Metodología propuesta para la selección y análisis de precedentes judiciales como “Casos Difíciles” en la jurisprudencia mexicana y extranjera	235
3.2	Origen y reconocimiento del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana	238
3.2.1	El origen del principio de proporcionalidad a partir del análisis al principio de igualdad	242
3.2.2	Recepción del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana: caso “Militares con VIH” (SCJN)	253
3.3	Precisiones conceptuales en torno a la proporcionalidad y razonabilidad: su distinción con otras materias	265
3.3.1	El test de balanceo o razonabilidad de la Corte Suprema Norteamericana: sus diferencias con el principio de proporcionalidad ...	266
3.3.2	La proporcionalidad y su distinción con la materia electoral y fiscal	272
3.3.3	La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido “amplio” en materia penal	273
3.3.4	La ponderación como criterio para resolver conflictos entre bienes constitucionales en materia de suspensión del acto reclamado (juicio de amparo)	275
3.3.5	El principio de proporcionalidad y su reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español	281

3.4	El principio de igualdad en la jurisprudencia mexicana y española a partir del principio de proporcionalidad	285
3.4.1	El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: su determinación a partir del principio de proporcionalidad en relación a la pensión por viudez en España y México [STC 103/1983] y el Amparo en Revisión 395/2007	288
3.5	El derecho a la vida en la jurisprudencia mexicana y española a partir del principio de proporcionalidad	293
3.5.1	Derecho a la vida y aborto: acción de inconstitucionalidad 10/2000 ante la despenalización del aborto en España (recurso de inconstitucionalidad 53/1985)	295
3.6	El desarrollo de la dignidad humana a partir del derecho a la intimidad conforme a la jurisprudencia mexicana y española desde el principio de proporcionalidad	303
3.6.1	El deber de diligencia y veracidad sobre la información frente el derecho al honor en los casos: “Los demonios del Edén” de Lidia Cacho de la SCJN (Amparo Directo 3/2011, relacionado con el Amparo Directo 4/2011) y falta al deber de diligencia sobre la revelación de víctimas en crímenes sexuales (STC 127/2003)	308
3.7	El libre desarrollo de la personalidad y la creación de nuevos derechos: el caso del matrimonio homosexual en México y España	318
3.7.1	La constitucionalidad del matrimonio y adopción homoparental en la SCJN (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010) y el TCE (STC 198/2012)	320

CAPÍTULO 4

OBSTÁCULOS Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

- 4.1 El derecho a la tutela de justicia efectiva como principio fundamental del debido proceso a partir del principio de proporcionalidad por la SCJN .. 335
 - 4.1.1 La tutela judicial efectiva: sus limitaciones en la jurisprudencia mexicana 338
 - 4.1.2 La negativa de ruptura con el formalismo jurídico: la persecución de los crímenes políticos del pasado y la negativa al derecho a la tutela de justicia efectiva 345
 - 4.1.2.1 Justicia material frente a la seguridad jurídica: el caso “El Halconazo” (Recurso de Apelación No. 1/2004-PS derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS) ante el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (SCIDH) 348

- 4.2 El análisis del principio de igualdad en torno al fuero militar en México y España 357
 - 4.2.1 La negativa de la SCJN a discutir sobre los límites al fuero militar (Amparo en revisión 989/2009) y su análisis con el caso del Tribunal Constitucional Español (STC 75/1982) 366
 - 4.2.1.1 La revisión del fuero militar por la SCJN, a raíz de la sentencia condenatoria de la CIDH en el Caso “Radilla” (Expediente varios 912/2010) y los precedentes “Inés Fernández” y “Valentina Rosendo” 375
 - 4.2.1.2 La posterior declaratoria de inconstitucionalidad del fuero militar en relación con las violaciones a derechos humanos cometidas por militares en contra de civiles 383

4.3	El derecho a la vida en la jurisprudencia mexicana a la luz de la ponderación de los bienes en conflicto: aborto	385
4.3.1	La ineludible colisión de principios constitucionales en el aborto: la débil ponderación de la SCJN (Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007) y su análisis con la despenalización del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203)	387
4.3.2	La tenue e invisible ponderación de la SCJN en la resolución del aborto: inexistencia de principios constitucionales	408
4.3.2.1	Las consecuencias de las omisiones: inexistencia de criterios interpretativos y argumentativos para resolver el caso: “Leyes Antiaborto”	409
4.3.2.2	La negativa de reconocimiento del embrión como un bien constitucionalmente tutelado	415
4.4	La dignidad humana a través del derecho al honor e intimidad frente al derecho a la libertad informativa en México y España	419
4.4.1	El caso “Martha Sahagún” y su análisis con el caso “Paquirri (Torero)” (intimidad familiar) (STC 231/1988)	426
4.5	El libre desarrollo de la personalidad en su variante de libertad personal vs actos de molestia y el uso legítimo de la fuerza pública en México y España	439
4.5.1	El estudio sobre la constitucionalidad de los retenes militares (Amparo directo en revisión 498/2006) y su análisis con la obtención de pruebas ilegales por el TCE (STC 49/1999)	444
	Conclusiones.....	453
	Bibliografía.....	461

INTRODUCCIÓN

0.1 Objeto de la investigación y metodología a seguir

El objeto de estudio en esta investigación es el principio de proporcionalidad como canon para resolver conflictos entre derechos fundamentales. La hipótesis consiste en determinar que el empleo de esta herramienta beneficia la correcta fundamentación de casos difíciles resuelto por los jueces, en aquellos conflictos o colisiones, cuando se enfrentan derechos o principios constitucionales, en los que se debe decidir una prelación entre distintos valores de igual jerarquía en casos específicos. En tal medida, el principio de proporcionalidad entendido como una figura de la hermenéutica constitucional, ayuda a conseguir una mayor racionalidad de las decisiones judiciales. Siguiendo este hilo argumentativo, el distinguido Catedrático de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, LUCIO PEGORARO ha sostenido:

... son los mismos tribunales quienes individualizan los valores –y los que deciden, por tanto, qué representa dicho «valor» merecedor de tutela– y quienes le atribuyen, en un momento histórico, una posición privilegiada respecto a los demás, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con la visión que de la misma tienen otros órganos o sujetos políticos, pero, que presumen sea conforme con aquello que expresa la sociedad.¹

El sentido que orienta este análisis, es entender a la ponderación como un instrumento sofisticado de la argumentación jurídica para concretar significado de los derechos fundamentales por los jueces que resuelven a diario casos. Parto de la premisa, que no existe un instrumento que brinde una certeza absoluta sobre la racionalidad jurídica de las decisiones judiciales. Sostener que puede existir una racionalidad absoluta, implicaría defender una postura ortodoxa, dentro del entendimiento de la Teoría de la Constitución como “marco”, donde todas las

¹ PEGORARO, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, (trad. Marta León Alonso), Dykinson, Madrid, 2004, p. 126.

soluciones se encuentran dadas previamente, para todos los conflictos jurídicos posibles.

La razón es muy sencilla, ya lo sostenía hace más de cinco décadas uno de los juristas más ilustres del siglo XX, H. L. HART: “la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses”.² Entonces, surge la necesidad de que el intérprete goce de un margen de actuación, al no contar con reglas claras y el desconocimiento de los hechos futuros, así como la imprevisibilidad del propio sistema normativo. Por tanto, asumo la tesis de la indeterminación constitucional y la ineludible necesidad de concretar las normas, a través de la aplicación de técnicas que brinda la hermenéutica jurídica.

La técnica de la ponderación no es un instrumento vacío del cual puedan hacer uso indiscriminado los operadores del derecho, sino que es necesaria la adopción de otras teorías de la dogmática de los derechos fundamentales, tales como la visión principialista y axiológica de la Constitución, así como su eficacia y aplicación directa en el ordenamiento jurídico. No admitir esta premisa, implicaría, dejar aislada la aplicación de la ponderación a una simple herramienta de la argumentación jurídica, y vaciar su contenido a meras reglas mecánicas, en adhesión a un formalismo jurídico caduco y reticente de admitir las transformaciones de una realidad social dinámica y siempre cambiante.

Conforme a este hilo conductor, otro de los problemas analizados en la presente investigación, constituye la incorrecta aplicación de la ponderación y del principio de proporcionalidad en casos difíciles empleada comúnmente por los jueces en casos precisos, o bien, la ausencia de este instrumento en este tipo de casos. Así, este problema tiene dos efectos precisos que inciden directamente en

² HART, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

la justicia constitucional y ordinaria: *inestabilidad y migración de criterios judiciales, que se alejan de la racionalidad y fomentan la arbitrariedad judicial.*

Por ello es la importancia y trascendencia de esta investigación en el campo de análisis de la praxis judicial cotidiana, ya que el estado de la cuestión reside en la correcta fundamentación de las decisiones judiciales desde el punto de vista tanto interno como externo. El primero, entendido como el correcto empleo de la lógica formal en la estructura de las decisiones judiciales; y el segundo, como la justificación en base al empleo de la argumentación jurídica (dogmática jurídica, uso de precedentes, hechos, pruebas), así como de la axiología constitucional.

Centraré la atención en el enfoque de la Teoría constitucional de finales de la novena época a la décima, principalmente a partir de las decisiones emitidas en el año 2003 a la actualidad, por el Poder Judicial de la Federación, ya que a partir de ahí, identifico la recepción del instrumento de la ponderación y proporcionalidad como una herramienta de control constitucional de las leyes creadas por el parlamento, así como la revisión de los actos de autoridad.

El ámbito de aplicación lo circunscribo a los casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de Tribunal Constitucional, en comparación con su homólogo el Tribunal Constitucional Español. Asimismo, tomaré en cuenta los criterios de derecho internacional emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a raíz del proceso de internacionalización ocurrido como consecuencia directa de la reforma constitucional de junio de 2011, y el caso Radilla, resuelto por la Corte mexicana.

Este trabajo emplea el método analítico de precedentes judiciales, así como el uso de la hermenéutica jurídica, entendida ésta como parte de la ciencia jurídica, para la correcta comprensión y sentido de las instituciones judiciales. En un primer momento, como afirma el maestro PEGORARO, se toma el texto “como punto de partida para la investigación”, además del aspecto cultural, el cual ofrece

la ventaja de clasificar y crear modelos prescriptivos para comprender mejor la realidad global.³ En este sentido, el análisis de jurisprudencia tanto nacional como extranjera e internacional, se llevará a cabo siguiendo los cánones de la hermenéutica judicial que permiten la comprensión de la institución del principio de proporcionalidad como parte de la Teoría constitucional de los derechos fundamentales. Antes de explicar el contenido y desarrollo de la presente investigación, realizaré a continuación algunas precisiones conceptuales sobre el principio de proporcionalidad y la ponderación.

0.2 Precisiones conceptuales en torno al objeto de estudio: ponderación y principio de proporcionalidad

Cada vez es más común en la praxis judicial cotidiana escuchar sobre el empleo de la técnica de la ponderación cuando se abordan conflictos entre derechos o principios constitucionales. Los Tribunales emplean el juicio de ponderación como un criterio hermenéutico para la correcta fundamentación de decisiones judiciales que limitan o restringen derechos o principios constitucionales. Asuntos como la libertad de expresión (información) frente al derecho a la intimidad; libertad sexual frente al no nacido como un bien constitucionalmente tutelado (aborto); el interés u orden público ante una posible afectación patrimonial (en sede administrativa), entre otros tantos, son algunos casos que problematizan y permiten una mejor metodología para decidir y confrontar derechos.

Antes de continuar, me gustaría dilucidar algunos aspectos de trascendencia, relacionados con esta compleja problemática, que aborda la correcta denominación entre ponderación y principio de proporcionalidad como instrumentos de la hermenéutica constitucional. Por una parte, el principio de proporcionalidad tiene su origen en el derecho de policía de Prusia, a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Posteriormente alcanzó su consagración, a

³ PEGORARO, Lucio, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Colección FUNDAP, LXI Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, TCAEG, FACDER-UASLP, ANFADE, Querétaro, 2011, p. 105.

partir del derecho administrativo alemán del siglo XIX.⁴ Su desarrollo contemporáneo, inicia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con las primeras decisiones de dicho órgano jurisdiccional, desde su creación en 1951. El modelo que sigo en este trabajo se adhiere al paradigma germano, hasta su pleno reconocimiento como canon para la limitación y restricción a los derechos fundamentales en 1995, por el Tribunal Constitucional Español.

En esta fase, la proporcionalidad se consolida como un instrumento para la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Público Europeo. Es decir, como una herramienta “encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control.”⁵ Por otra parte, el distinguido jurista de la Universidad de Kiel, ROBERT ALEXY, ha configurado lo que denomina: *Ley de la Ponderación* de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.”⁶

Cabe advertir que a pesar de que los términos ponderación como proporcionalidad han sido tomados como sinónimos por algunos círculos de la comunidad académica ilustrada, me atrevo a afirmar que esto no es del todo correcto. En principio, etimológicamente proporcionalidad y ponderación no son lo mismo. Mientras que ponderación se refiere al equilibrio entre dos pesos; la proporcionalidad es la conformidad o proporción existente entre las partes con el todo de distintas cosas relacionadas entre sí.⁷ El concepto de proporcionalidad

⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 44-46.

⁵ MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 117.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 91.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española.

Ponderación. (Del lat. ponderatĭo, -ōnis) [...] 4. f. Compensación o equilibrio entre dos pesos.

Proporcionalidad. (Del lat. proportionalĭtas, -ātis). 1. f. Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.

tiene estrecha vinculación con las matemáticas en la Grecia antigua. Se puede afirmar incluso, que este concepto ha estado también ligado al plano de otras disciplinas como la estética o la ética, evocando una idea de armonía u orden entre las cosas.⁸ Al respecto, refiere el Doctor por la Universidad de Salamanca, BERNAL PULIDO, su empleo por la cultura jurídica romana, de acuerdo con su estructura epistemológica entre medios y fines.⁹

Acorde a lo expuesto en párrafos previos, puedo concluir preliminarmente que ni la proporcionalidad o la ponderación signifiquen lo mismo. La ponderación implica, como atinadamente lo señala el significado gramatical, y la doctrina jurídica, el balanceo o equilibrio entre dos pesos. Entonces, la ponderación significa la manera en que resuelven conflictos entre dos valores consagrados en el texto fundamental. Por ejemplo, la colisión que pudiera surgir entre el derecho a la libertad de expresión de un periodista para publicar determinadas fotografías de una persona que es una figura pública, ante el derecho que tiene una celebridad para que se respete su intimidad y éstas no sean publicadas. A ese tipo de conflictos, la doctrina y jurisprudencia constitucional los ha denominado colisiones entre valores o principios constitucionales.

Se puede afirmar entonces que existe un concepto de ponderación en sentido amplio, entendido como el procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre dos derechos fundamentales. En Alemania, a la proporcionalidad se le conoce como “Verhältnismäßigkeitsprinzip” o “Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, lo cual traducido literalmente significa principio o enunciado de proporcionalidad, y se encuentra relacionado con los adjetivos: moderado, templado, proporcional. Acorde a lo expuesto, distingo dos cualidades fundamentales que explico enseguida.

Proporción. (Del lat. *proportio*, -ōnis). 1. f. Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.

⁸ SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM-IIJ, México, 2007, pp. 9-11.

⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 43-44.

- *Ponderación en sentido amplio*: la colisión o conflicto entre dos valores o principios tutelados a nivel constitucional o en determinado ordenamiento a nivel internacional (comúnmente de derechos humanos).
- *Proporcionalidad en sentido amplio*: como herramienta de la argumentación jurídica que emplea la estructura epistemológica de medios y fines, para limitar o restringir un derecho fundamental.

Ahora bien, como canon hermenéutico, el principio de proporcionalidad o ponderación en sentido amplio, debe seguir una serie de pasos o fases escalonadas para llevar a cabo un mejor estudio de los principios en conflicto a resolver. Es decir, *para llegar a la ponderación*, es preciso realizar previamente, la aplicación de tres subprincipios básicos, consistentes en la adecuación o idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad (en sentido estricto).¹⁰

El primero, es el test o análisis de idoneidad o adecuación de la medida o intervención al derecho o principio constitucional en cuestión, o lo que los alemanes denominan: "*Grundsatz der Geeignetheit*". Significa que *toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*. Son dos exigencias a cumplir: *que tenga un fin constitucionalmente legítimo y que ésta sea idónea para favorecer su obtención*.

El segundo paso, consiste en el subprincipio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*). Ha recibido otras denominaciones en la doctrina alemana, entre las que se encuentran: *subprincipio de indispensabilidad*, *subprincipio de medio más benigno*, *subprincipio de la intervención más restringida posible* y *como prohibición de exceso* (*Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichkeit Eingriffs, Übermaßsigverbot*);¹¹ es decir, implica que toda medida de intervención

¹⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss.

¹¹ JAKOBS, M., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Heymanns, München, 1985, p. 86 y ss. GRABITZ, Eberhardt, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der

en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos, la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Esto significa, la comparación adoptada por el legislador y otros medios alternativos. La elección de estos medios exige el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental (ponderación).

El último paso es la *proporcionalidad en sentido estricto* (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne, o Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit*) o ponderación. Significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esto significa que *las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general*. Esto se realiza a través de un análisis epistémico entre los bienes o principios en conflicto, es decir, un examen cuidadoso de cada valor afectado, así como la comparación entre ambos, para decidir cuál de ellos es mayor digno de protección. Asimismo, cabe destacar que me desligo totalmente de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia fiscal, electoral y/o penal, ya que no es mi interés abordar directamente estas materias.¹²

Por las razones expuestas, prefiero hablar del término principio de proporcionalidad, debido a su precisión científica dentro de la teoría de la argumentación jurídica; no obstante, cabe aclarar que también me referiré al término “ponderación” cuando haga referencia al conflicto o colisión entre principios o valores constitucionales, y su necesidad de solución, a través de un método que ha sido probado jurídicamente en otras latitudes con gran éxito. Además, este instrumento permite al operador jurídico dotar de un significado

Bundesverfassungsgericht”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 98, n.1, 1973, p. 568; CLÉRICO, L.: *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 128.

¹² Existe un cierto paralelismo y similitud con el principio de proporcionalidad aplicado en el derecho penal, particularmente en la adecuación de las penas, haré la aclaración pertinente en el capítulo tercero.

concreto a cada principio o valor en colisión o conflicto, ya que no existen fórmulas mágicas que permitan definir previamente cada uno de ellos, y no existir en la práctica un método que permita definir al legislador todos los principios o derechos constitucionales para todos los casos posibles. En lo particular, adopto el concepto principio de proporcionalidad, en lugar de ponderación, debido al reconocimiento expreso del término por la SCJN y la doctrina constitucional mexicana.

0.3 Estructura y desarrollo de la investigación

La presente investigación doctoral se estructura en cuatro partes. En los dos primeros capítulos me encargo de justificar mi adhesión al modelo de argumentación jurídica empleado a través del principio de proporcionalidad. Para ello, requiero precisar en primer término, mi adscripción sobre una teoría constitucional, de lo contrario, la labor del juez a través a través del test de proporcionalidad o ponderación podría tornarse vacía o carente de sentido. Al respecto, es importante apoyarse en especialistas renombrados en la materia como el profesor Böckenförde cuando advierte lo siguiente.

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución –cuando esta es requerida- no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación.¹³

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 34-37.

Sentada la premisa anterior, es necesario comenzar a justificar el presente estudio a partir de la doctrina constitucional contemporánea conocida como Neoconstitucionalismo,¹⁴ que pregona y afianza los valores y principios constitucionales, así como el efecto irradiador del texto constitucional en la totalidad del ordenamiento jurídico. Por este motivo, dedico el primer capítulo a identificar los elementos de la teoría constitucional en México que permiten desarrollar una argumentación más sofisticada y por ende, garantista, a través de la interpretación de valores y principios como la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la persona, derecho a la vida, igualdad jurídica y política, entre otros.

En esta primera instancia, también me dedico a explicar e identificar las variables que inciden de manera negativa en la recepción de este modelo de derechos concebidos a partir de la teoría principialista, estos resquicios han prevalecido por mucho tiempo no solamente en el papel, sino en la mentalidad de los jueces al momento de examinar casos difíciles. Por ende, a pesar que en las últimas secciones del primer capítulo explico el modelo de concreción de derechos fundamentales a partir del nuevo control de convencionalidad, es importante hacer patente que no se trata únicamente de hacer poesía constitucional a través de reformas al texto fundamental, sino transitar hacia un modelo argumentativo que modifique realmente el método para solucionar casos difíciles donde se involucran o están en conflicto dos o más principios constitucionales.

¹⁴ CARBONELL, Miguel (coord.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2011; del mismo autor: (Coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003; M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005; TORRES ESTRADA, Pedro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Limusa, México, 2006; POZZOLO, Susanna (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011; ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad (Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos)*, Madrid: Trotta, 2009.

En el segundo capítulo explico el estado de la cuestión actual en la que se desenvuelve el juez en el siglo XXI: un plano de indeterminación normativa, ambiguo, complejo y contradictorio, pero que permite la ductilidad, en aras de preservar esos valores y principios.¹⁵ Posteriormente, se estudia el modelo del juez en el presente siglo: sus cualidades, así como la destreza que debe tener mediante el ejercicio de la discrecionalidad judicial. El derecho dúctil es una auténtica expresión de pluralidad en los sistemas constitucionales y legislativos actuales, he tratado de hacer patente esta necesidad trayendo a colación dos principales concepciones: la tesis de la completitud vs indeterminación del derecho en autores clásicos y contemporáneos.

Frente a la doctrina de la completitud del derecho, se encuentra la tesis de la indeterminación, los dos representan paradigmas antagónicos, defendidos por los juristas al momento de pretender encontrar sentido a determinado sistema jurídico. Para el primer modelo (completitud), la comprensión de las normas jurídicas es a través de un sistema hermético, ausentes de lagunas e incoherencias, propio de los sistemas decimonónicos y estatistas, donde el origen y fuente de las normas es la voluntad incuestionable del legislador, la cual deja un estrecho margen de interpretación al operador judicial en los casos planteados. Esta visión caracterizó a nuestros sistemas de influencia romano-canónica hasta todavía la mitad del siglo XX.

Mientras que el paradigma de la indeterminación jurídica, comienza de una sencilla premisa: es imposible la regulación de todos los casos, así como el conocimiento de los hechos anteriores a la elaboración de las normas, por consiguiente, al ser las normas jurídicas indeterminadas, es aceptable cierto grado de discrecionalidad por parte del operador judicial. Mi idea es inscribirme en la tesis de la indeterminación sobre los mecanismos interpretativos tradicionales de las leyes en México pero como una cualidad positiva del propio ordenamiento que

¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986; PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2010, p. 50.

permite al juez constitucional, en ejercicio de la discrecionalidad judicial, optimizar los valores y principios del Estado Constitucional en casos complejos.

En la siguiente parte, me dedico a justificar la adopción del principio de proporcionalidad como un canon para limitar o restringir los derechos fundamentales en casos difíciles, mediante el estudio preliminar de distintas teorías de la argumentación jurídica, como las de Perelman, Toulmin, para después concretar mi estudio en la del jurista alemán Robert Alexy. En el tercer apartado explicaré la estructura y desarrollo del juicio de ponderación como uno de los métodos más sofisticados para asignar significado a los derechos fundamentales.

Antes de iniciar con la exposición a las premisas para el correcto empleo del juicio de ponderación, llevaré a cabo un conciso repaso de las principales Teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales: la absoluta y la relativa. Mi adhesión es hacia la teoría relativa, especialmente, la que se fundamenta en la teoría institucional de los derechos fundamentales, ya que proporciona herramientas conceptuales que permiten justificar el uso de la ponderación, y sobre todo, brindan mejores razones argumentativas al intérprete judicial de corrección (tanto formal como material) en los casos difíciles de derechos fundamentales. Lo anterior, debido a que este instrumento no puede constituirse como un canon autónomo del proceso de interpretación constitucional, sino que requiere la adhesión hacia alguna teoría material e interpretativa, así como de un modelo de Teoría constitucional.

Los siguientes apartados se encargarán de detallar el proceso de sofisticación del principio de proporcionalidad. Entendiendo por sofisticación, los procedimientos por los cuales las teorías de un sistema se vuelven cada vez más complejas y refinadas. El test de proporcionalidad ha sido blanco de numerosas críticas, que han llevado a sus autores, a desarrollar complejos mecanismos de

racionalidad, como la enumeración de fórmulas o el desarrollo aritmético (aunque metafórico) de la ponderación.

En la siguiente sección se detallan las premisas a seguir para la activación del principio de proporcionalidad; antes de entrar ampliamente a su explicación técnica (sostentación), he procurado compaginarlo con la recepción jurisprudencial y normativa mexicana, para ello, utilizo diversos ejemplos que facilitarán la comprensión de los elementos ahí tratados. El primer paso es identificar casos difíciles de derechos fundamentales. Para ello, se da un breve repaso a las principales características coincidentes por la mayor parte de los juristas que abordan dicha temática. El segundo paso, se trata de la identificación de una limitación o restricción al principio (s) o bien (es) jurídico (s) tutelados. Para ello, procuro ejemplificar este contexto con algunas normas de derecho fundamental en la CPEUM. Explicando el significado de éstos, en el proceso posterior de argumentación, así como la adhesión hacia una persistente visión formalista de los derechos fundamentales en nuestro país.

Posteriormente se determinan los elementos que intervienen para definir una colisión o enfrentamiento entre principios constitucionales, dentro de la aplicación del juicio de ponderación. Para ello, se explicitan los principales elementos del mismo, haciendo énfasis, en la adopción hacia la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, la cual es de mucha utilidad en el proceso de concreción de los mismos, dado que el resultado de la colisión o enfrentamiento, determinará en la mayor parte de las ocasiones, los márgenes permisivos y de no afectación a este núcleo fundamental. Los pasos a seguir en la ponderación los detallo más adelante: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el capítulo tercero explico la recepción en la jurisprudencia mexicana del principio de proporcionalidad, a través de su identificación en los distintos casos judiciales en los cuales surge. Cabe señalar que mi estudio no se limita a realizar un análisis de las reglas obtenidas a partir de la jurisprudencia generada, sino al estudio de los casos mismos, es decir, tomando en consideración el contexto fáctico y las circunstancias a partir de las cuales surge. Por consiguiente, no me limito a la adopción de fórmulas generales que podrían reducir la argumentación de principios a una simple lógica formalista, sino a extraer la *ratio decidendi* de los fallos judiciales paradigmáticos, con el fin de conocer a fondo la estructura del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana.

Tal y como lo adelantaba la primera sección de la Introducción, esta investigación emplea el método analítico jurisprudencial de dos países: el Tribunal Constitucional Español y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, específicamente en la resolución de casos difíciles donde colisionan o se limitan dos o más derechos o principios fundamentales. Mi objetivo es comparar la recepción del principio de proporcionalidad en México a partir de la jurisprudencia española, ésta última tiene un desarrollo consolidado en la aplicación de esta figura argumentativa y ha servido en la mejor fundamentación racional de las decisiones judiciales en aquel órgano. No obstante, también hago referencia al modelo de la CIDH, a través de su jurisprudencia que indirectamente, y en últimas fechas, se ha incorporado al sistema jurisprudencial mexicano.

En sintonía con la teoría principialista, he escogido para el penúltimo capítulo casos relacionados con la igualdad política, derecho a la vida, dignidad de la persona humana y libre desarrollo de la persona. Estos principios los han desarrollado ambos Tribunales en casos muy específicos, tales como el establecimiento de medidas de acción positiva a favor de las mujeres (igualdad política), la despenalización del aborto (vida), la intimidad, privacidad y honor de las personas ante la libertad de información de los medios de comunicación (dignidad humana), y matrimonios homosexuales (libre desarrollo de la persona).

Asimismo, en esta parte del estudio realizo primero algunas precisiones conceptuales y distinciones sobre el modelo continental europeo de proporcionalidad y el modelo de razonabilidad (CUSA). Por ello, me ocuparé en primer término, de distinguir entre el modelo europeo continental de ponderación con el de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica. Que si bien, tiene semejanzas, la principal divergencia es el fundamento del cual emerge: un modelo de Teoría constitucional a la cual se adhiere, uno más flexible, de precedentes y de una práctica cotidiana de una filosofía pragmática y utilitarista por parte de jueces y juristas que se ocupan de su estudio.

En México, el modelo adoptado por el juzgador ha sido una mezcla de ambos, aunque en un principio, el origen de la proporcionalidad debe situarse en la transformación del tradicional principio de proporcionalidad tributaria hacia un concepto de razonabilidad jurídica enderezando su examen hacia el principio de igualdad. En este mismo universo de ideas, preciso las diferencias que guarda el test de proporcionalidad con la materia fiscal, electoral y penal.

Para ejemplificar mejor el empleo de esta herramienta, realizo una reconstrucción jurisprudencial a partir de estos elementos y la ponderación entre el interés y orden público, en materia de suspensión del acto reclamado, tan común en los juicios de amparo en México, comparando lo anterior, con los criterios de la CIDH. Posteriormente, abordo su reconocimiento en la jurisprudencia española, a partir del estudio del contexto y precedentes en el órgano constitucional de aquella nación.

En el último capítulo analizo los obstáculos y retrocesos que ha tenido la SCJN en la plena incorporación del principio de proporcionalidad como un canon para limitar o restringir correctamente derechos o principios fundamentales. Para comenzar, inicio con la formulación de una sencilla premisa: el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental sustantivo y no solamente adjetivo que puede ser analizado a partir del test de proporcionalidad. En este sentido, trato de

ejemplificar este hecho a partir de los distintos asuntos llevados ante la CIDH donde el Estado mexicano ha sido condenado precisamente por vulnerar este derecho humano, así como otro asunto relacionado con la persecución de los crímenes políticos del pasado resuelto por la SCJN.

En los subsecuentes apartados continúo con la misma lógica que en el capítulo anterior, es decir, a partir del análisis de casos en base a principios. Dentro del estudio comparativo con el TCE destacan los casos de fuero militar (igualdad), despenalización del aborto (vida), intimidad y privacidad ante la libertad informativa (dignidad humana), y el uso legítimo de la fuerza pública en los retenes militares frente al orden y la seguridad pública como bienes o valores en conflicto (libre desarrollo de la persona).

Mi intención a través del estudio de casos es configurar el modelo argumentativo a partir del test de proporcionalidad que emplea la SCJN, en su calidad de Tribunal Constitucional para la solución de casos difíciles. En este sentido, la comprobación de la hipótesis consiste en justificar que el empleo de esta herramienta argumentativa auxilia a los operadores jurídicos a una mejor fundamentación de las decisiones judiciales (casos difíciles) donde están en colisión dos o más valores o principios constitucionales.

Tal y como advertía al principio, no es posible encontrar una fórmula que posibilite una fundamentación racional absoluta, pretender tal situación implicaría por sí mismo, como indica Bernal Pulido, un contrasentido. El objeto del análisis de los distintos casos planteados en la presente investigación consiste en justificar que la estructura del test de proporcionalidad ayuda a mejorar los planteamientos del juzgador constitucional cuando se encuentra ante estos casos difíciles. Es decir, rehabilita la argumentación jurídica en el sentido de no dejar sin estudio cada uno de los valores o principios en conflicto, aún cuando esto implique la formulación de juicios morales, a partir de las realidades concretas de una sociedad determinada, pensemos en casos como aborto, matrimonios

homosexuales, derecho al honor e intimidad frente a la libertad informativa, entre otros.

Tampoco ha sido mi propósito pronunciarme sobre el fondo en determinados casos, sino precisar sobre la fundamentación interna de los casos seleccionados. Advierto lo anterior, ya que existen todavía muchos obstáculos y retrocesos en la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana, a tal grado que en la migración de criterios se deja de estudiar el fondo de planteamientos fundamentales que inciden directamente en la tutela y protección del derecho a la tutela de justicia efectiva, algunos incluso han sido objeto de pronunciamiento por la CIDH, pensemos en los casos de fuero militar por ejemplo.

Por estos motivos, es preciso y pertinente un estudio que auxilie al juzgador a encontrar parámetros objetivos y razonables, para evitar el ejercicio arbitrario de la discrecionalidad judicial cuando se emplea el principio de proporcionalidad como canon en la decisión de conflictos de relevancia constitucional.

CAPÍTULO 1

LA RECONFIGURACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO A PARTIR DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La responsabilidad del juez ante la sociedad es enorme. Aunque no en todas las ocasiones su valor y arrojo los hace dignos de estima del común denominador de la población. La percepción social de la judicatura en México no es tan buena como se desearía,¹⁶ lo mismo sucede en gran parte de los países de Iberoamérica.¹⁷ A pesar del enorme esfuerzo realizado diariamente por el Poder Judicial, su grado de aceptabilidad y confianza social no es el más óptimo. Dicho contexto se vuelve más complejo, nos encontramos en una época de crisis de legalidad, debido al descrédito de las instituciones y la desconfianza hacia los actores políticos. Sobre este punto, el gran jurista Otto Bachof afirmaba en uno de sus discursos más famosos lo siguiente: “Ha surgido un sentimiento de profundo malestar y de radical desconfianza frente a la ley, basada en la impresión dominante e imprecisa, aunque no por ello falsa, de que la ley, «en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes>>.”¹⁸

Precisamente son las épocas de crisis económicas, políticas y sociales las que ponen a prueba a las instituciones. Alemania es un buen ejemplo de ello, durante la segunda Posguerra, los Poderes Ejecutivo y Legislativo se encontraban deslegitimados socialmente, su grado de aceptabilidad era bajo, debido a las circunstancias evidentes recién acaecidas durante el periodo totalitario nazi. No obstante, el Poder Judicial supo comportarse a la altura del momento histórico que vivía esta nación. La concreción de los valores y principios plasmados en la Ley

¹⁶ De acuerdo al IFE y la UNAM, en una escala de confianza del 1 al 10, los jueces obtuvieron apenas por encima de la media, un 5.9. Fix-Fierro, Héctor (Dir.), FLORES, Julia (Coord.), *Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IJ-UNAM-IFE, México, 2011.

¹⁷ NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2012; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

¹⁸ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 21.

Fundamental de Bonn, y la satisfacción del ideal de justicia mediante la innovación en la interpretación y argumentación constitucional dan cuenta de ello.¹⁹ Las decisiones relacionadas con el antiguo derecho nazi, en aras de realización plena de la justicia material y la concreción de los principios y valores del pacto constitucional recién aprobado, pusieron a prueba la institución judicial, cuyo respeto social fue ganado al compás de las decisiones.²⁰

Se vive una época en la que el derecho es indeterminado, impreciso, vago. El derecho constitucional de la segunda Posguerra, así como el intenso activismo de los Tribunales defensores de las Constituciones, trajo consigo una imagen positiva para la Magistratura. La tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional, así como el argumento contramayoritario, que sostenía la imposibilidad del juez para tomar decisiones que, a primera vista únicamente corresponden al Parlamento, ha sido desplazada por el modelo de democracia sustancial, empleando la terminología de Ferrajoli.

La presente investigación busca dar cuenta de la responsabilidad institucional que tiene el juez en una sociedad determinada. Vivimos épocas confusas, disímolas, de pluralidad y diversidad cultural, donde es complejo compaginar los intereses de determinados grupos en la sociedad, incluso, ante los poderes de facto como los económicos, que tan fuertemente causan impacto en nuestras sociedades e instituciones.²¹ Las sociedades latinoamericanas, con los grupos indígenas; así como las europeas, con la migración, o la crisis económica de ambas y el reacio poder de los agentes económicos en ambos contextos, son ejemplo de la compleja modernidad en la que se debe desenvolver el juez.

¹⁹ DEL REAL ALCALÁ, Alberto, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011; AGUILERA, Portales Rafael, BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén E., (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.

²⁰ BARBER CROSBY, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Berg, Nueva York, 2008, p. 7; ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010, p. 31.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes (La crisis de la democracia constitucional)*, Trotta, Madrid, 2011.

1.1 La reconfiguración de los sistemas jurídicos contemporáneos en el Neoconstitucionalismo

Han transcurrido poco más de una década desde la aparición del término *Neoconstitucionalismo* en la Teoría jurídica contemporánea. Los primeros esbozos de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Susanna Pozzolo, Mauro Barberis) dan cuenta de ello, a través de la sistematización de este paradigma en el que se anclan distintas formas de comprensión de los sistemas jurídicos y constitucionales.²² Su éxito se ha ido apoderando de diversas Escuelas de Derecho en Europa y Latinoamérica, incluso, algunos estudios se han concentrado en replantearlo, a partir de la concepción de un positivismo moderado, siguiendo a Norberto Bobbio.²³ Paolo Comanducci nos ofrece distintas formas de plantear el neoconstitucionalismo: como método, teoría e ideología.²⁴

Al día de hoy, ha surgido una poderosa corriente crítica en torno a las añejas formas en que era concebido el Estado y el propio concepto de Constitución. Inclusive, han existido intentos por compaginar teorías de sistemas jurídicos que en apariencia resultaban incompatibles, como el continental europeo, de tradición romano germana, con el anglosajón, al momento de analizar un mismo fenómeno bajo las mismas hipótesis conceptuales o teóricas.²⁵ El

²² Se atribuye el uso del término a Susanna Pozzolo durante el desarrollo del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, no. 21-II, Alicante, 1998, pp. 339-353.

²³ Para el maestro italiano cuando se examina el *método*, la crítica derivará de un juicio de conveniencia del medio respecto del fin, si se examina la *teoría*, la crítica derivará de un juicio de veracidad o falsedad, es decir, su valoración consistirá en verificar si existe correspondencia entre la teoría y la realidad, y en cuanto a la *ideología*, la crítica se basará en un juicio de valor, tendiente a demostrar la influencia de la ideología en la realidad. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico (Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Mora)*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998, p. 239.

²⁴ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

²⁵ Al respecto, puede consultarse el último libro de Miguel Carbonell, titulado: *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2012. El mismo jurista alemán Konrad Hesse, advertía sobre el denominado “canon de la constitucionalidad” y sus funciones a cumplir en la sociedad: “la función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones y –sobre todo, en los derechos fundamentales- dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico”. “Constitución y

fenómeno de la comprensión de normas requiere de la filosofía del derecho, y que ésta brinde elementos para una mejor comprensión de la realidad ética, política y/o jurídica que subyace a esos problemas constitucionales.

Una nueva forma de Estado donde se conjugan principios de justicia material, traducidos concretamente en fórmulas como el Estado Democrático y Social de Derecho, directamente aplicables por los operadores de las normas, es un ejemplo de este blindaje de las Constituciones modernas. La actual fórmula de “Estado Constitucional” ha sido presentada como una alternativa a la clásica fórmula de “Estado de Derecho” dominante durante el siglo XIX y la mayor parte del XX.²⁶ Juristas alemanes como Klaus Stern, Böckenförde, Martin Kriele, Peter Häberle, entre otros, pueden ser considerados como los más representativos de esa tendencia, aunque por otra parte, hay quienes afirman que la misma expresión “Verfassungsstaat”, ya había estado presente en la Teoría Constitucional clásica en autores como Carl Schmitt y Loewenstein.²⁷

Derecho Constitucional”, en VV. AA. BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, *et. al. Manual de Derecho Constitucional*, (Presentación de Konrad Hesse; edición prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996, p. 2. En igual sentido, podríamos compaginar el término empleado por el distinguido constitucionalista Lawrence Tribe en una de sus últimas obras: *invisible constitution* o el de *living constitution*, con el concepto de constitución material, diseñado por la doctrina continental europea (Mortati). TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010. MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, (Estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros y epílogo de Gustavo Zagrebelsky), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

²⁶ El origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, podemos encontrarlo en la clásica fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparecido en la obra del contractualista Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como principio fundamental de un Estado que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico. *Vid.* HOBBS, Thomas, “Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil”, en *The english Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, (Collected and edited by William Molesworth, Bart) V. III, John Bonn, Henrietta Street, Convent Garden, London, 1839.

²⁷ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41.

Uno de los síntomas de agotamiento del antiguo modelo de Estado de derecho decimonónico, se produce durante los regímenes autocráticos de mitades del siglo veinte en Europa. La aplicación estricta de la ley no es suficiente, y se revaloriza la importancia de acudir a los valores y principios que inspiran los ordenamientos jurídicos, así como creación de instituciones especializadas para la defensa de la Constitución: los Tribunales Constitucionales.²⁸ En oposición a esta idea de jerarquía funcional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, propia de los Estados de Derecho, hoy en día se opone la idea de pluralismo jurídico y metodológico.

Para el jurista italiano Luigi Ferrajoli, el tránsito del Estado de derecho al Estado Constitucional equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, es decir los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales.²⁹ De acuerdo con ello, el neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo, en términos de PRIETO SANCHÍS³⁰, se ha convertido en una corriente polisémica y multidimensional que abarca distintas posibilidades de desarrollo en el marco del Estado Constitucional, y que ha merecido el reconocimiento y detracción de parte de distintos teóricos y filósofos del derecho en el mundo jurídico europeo-occidental. Por tanto, el origen material de esta corriente podemos identificarla con acontecimientos específicos, como el nacimiento de la Ley Fundamental de Bonn

²⁸ Como diría el maestro Pedro de Vega: “no son los cambios de legalidad los que provocan las transformaciones sociales y políticas de los pueblos, sino que son las transformaciones operadas en la realidad las que determinan siempre las grandes revisiones de la legalidad”. DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en VV. AA. CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución (Ensayos escogidos)*, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 2000, p. 29.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p. 280.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 23. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 101.

de 1949 y el surgimiento del Tribunal Federal Constitucional Alemán en 1951.³¹ A partir de la creación de este órgano supremo, se dio un cambio de paradigma en la doctrina y la práctica judicial que influyó posteriormente en los países de Europa continental.

Principios que creíamos inalterables durante el formalismo jurídico como la irretroactividad de la ley, fueron cediendo terreno ante criterios de justicia formal y equidad, en defensa de la dignidad de la persona y los derechos Humanos.³² Otro antecedente, lo hallamos en Italia, a raíz de la promulgación de la Constitución en 1947 y la creación de su Corte Constitucional en 1956. Posteriormente, como consecuencia de las caídas en Europa de las dictaduras y el surgimiento de la llamada “la tercera ola democrática”³³, el proceso de constitucionalización comienza en España y Portugal en 1976 y 1978 respectivamente.³⁴

Cabe aclarar que no existe una definición clara y puntual de neoconstitucionalismo, sino que debemos referirnos a distintos neoconstitucionalismo (s), algunos inspirados por el neiusnaturalismo, otros desde una perspectiva iuspositivista moderada o corregida. Es difícil lograr una

³¹ POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, p. 45; STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, Septiembre-diciembre 1988; SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 7, Enero-febrero 1979, pp. 7-35.

³² Antes de la Ley Fundamental de Bonn (1949) las Constituciones de los Länder de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre, “como reacción directa al desprecio del hombre nacionalsocialista, contenían la garantía de la dignidad, considerándola ya como derecho fundamental y derecho humano elemental”. STARCK, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 136. Vid. del mismo autor: “Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 489-497. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 41-42. Vid. RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 255.

³³ HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, España, 2004, p. 140 y ss.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*, UNAM, IJ, México, 2008, pp. 2 y ss.

sistematización adecuada, que permita colocar cada una de las posiciones doctrinales bajo un mismo prisma. En opinión de algunos autores, contrarios a esta visión, esta nueva corriente despoja al derecho de la certidumbre, provocando inseguridad jurídica debido al criterio de resolución de los jueces constitucionales basado en su moralidad y subjetivismo.³⁵ Uno de los puntos neurálgicos de esta crítica, apunta hacia la acusación de un ejercicio indiscriminado de la discrecionalidad judicial, tal y como señala el profesor GARCÍA AMADO.

Una Constitución no se materializa más ni por contener cláusulas valorativas ni por contener garantía específica de sus normas y derechos [...] La única pauta real aquí operante es la siguiente: a mayor indeterminación lingüística de tales enunciados y a mayor presencia de sistemas morales concurrentes en la sociedad pluralista para rellenarlos de contenido, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores.³⁶

En este mismo sentido, se encuentra SUSANNA POZZOLO, quien señala que “el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral” y que dicha conexión sería perjudicial y arbitraria al momento de la aplicación de las normas constitucionales.³⁷ Asimismo, MAURO BARBERIS se ha dedicado a criticar la lectura moral de la constitución propuesta por el iusfilósofo argentino CARLOS NINO, debido a lo que él considera una

³⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 237-264. Vid. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La interpretación constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74; “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en *Justicia Constitucional*, op. cit.

³⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en MANTILLA ESPINOSA, F., (ed.), *Controversias constitucionales*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 24.

³⁷ POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., p. 210.

reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral del texto fundamental, calificándolo como un imperialismo de la moral.³⁸

1.1.1 La Constitución principialista y de valores: un nuevo paradigma

Para el jurista italiano Luigi Ferrajoli, el tránsito del Estado de derecho al Estado Constitucional equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, es decir los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales.³⁹

El modelo del juez burocrático, desarrollado durante el siglo XIX, de acuerdo a la concepción clásica de Montesquieu, en la que éste era la boca muda del legislador es caduco.⁴⁰ Igualmente, el argumento contramayoritario donde el juez es incapaz de decidir lo que aparentemente sólo compete al legislador (principio democrático) se encuentra agotada, ya que un presupuesto de los modernos Estados Constitucionales es la tensión entre los principios democráticos y de supremacía constitucional.⁴¹ La defensa del juez de los valores y principios constitucionales, tiene lugar en lo que los teóricos han denominado: democracia sustancial.

³⁸ BARBERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral" en *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., p. 270.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional" en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p. 280.

⁴⁰ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007, p. 183; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

⁴¹ DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Constitución y democracia", en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73; LINARES, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Una concepción renovada de la constitución, en sentido material, así como una judicatura activa, que defienda los valores socialmente aceptados en una comunidad determinada ha sido el común denominador del éxito de las instituciones judiciales. Es bien conocido el periodo totalitario nazi, donde el predominio de la voluntad política no permitía la plena defensa de la Constitución a través de cauces institucionales independientes y autónomos, debido a la concepción triunfante que en ese entonces desembocó en la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.⁴²

Imaginemos la sociedad alemana, convulsionada después de aquella guerra, devastada política, económica y socialmente. Desanimada moralmente, deslegitimada institucionalmente. El primer paso fue el consenso: la consagración plena de la dignidad de la persona humana como principio inalterable e inviolable, mandato dirigido a todos los agentes: públicos y privados;⁴³ la segunda fase: la creación de instrumentos eficaces para su respeto y protección, a través de cauces institucionales, cualquier otro, como la violencia de cualquier especie, quedaba descartado.⁴⁴

⁴² El Nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de Canciller como de Presidente del Reich, dependía igualmente del Führer, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt, señalaban que era Führer quien defendía el derecho. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108; La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo: la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

⁴³ En este cauce se presentó la negativa del TCFA para conceder el registro a los Partidos Comunista y Nacionalsocialista, por ir en contra del principio democrático, de acuerdo a una interpretación conforme del concepto de necesidad social imperiosa. Sentencia de la Segunda Sala del 2 de marzo de 1977. 2 BvE 1/76. (BverfGE 2, 1-SRP-Verbot). KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Chicago, 1997; LOEWENSTEIN, Karl, "Militant Democracy and Fundamental Rights II", en *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4, Agosto, American Political Science Association, Washington, 1937, pp. 638-658.

⁴⁴ El Caso Schleyer es excelente ejemplo del compromiso institucional del Tribunal Constitucional de ese país, sucedido durante los años setenta. Se trata de la solicitud realizada por el hijo del Presidente de la Federación de Industriales Alemanes, el Dr. Hans Martin Schleyer, secuestrado

Asimismo, con el fallo Lüth se realiza por primera vez la proclamación de un orden objetivo de valores en la Ley Fundamental. Esta resolución fue dictada el 15 de Enero de 1958 por la Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán; la misma es emblemática ya que proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película “Unsterbliche Geliebte” (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan.⁴⁵

La sentencia del Tribunal Constitucional consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Harlan por considerar esos llamados al boicot estaban amparados por la libertad de expresión. De igual forma, se empleó la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) para fundamentar el fallo referido, recordando algunos precedentes del Tribunal Laboral Federal Alemán.⁴⁶

En el fallo Lüth el Tribunal alemán acudió al examen objetivo de los valores que estaban involucrados en el caso. En primer término, se trataba del incumplimiento al artículo 826 del Código Civil, que imponía como sanción una indemnización por haber infringido las buenas costumbres. El Tribunal consideró

durante el “Otoño alemán”, por la Fracción del Ejército Rojo (RAF), (grupo terrorista) de aquel país. Sus demandas consistían en la liberación de las principales cabecillas del movimiento, que en ese entonces permanecían en una prisión alemana. El Tribunal se negó a ponderar el derecho a la vida, frente a la amenaza que implicaba satisfacer los deseos de un grupo al margen de la ley y las instituciones (BVerfGE 46, 160, párr. 12-16).

⁴⁵ El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba: “Dulce judío” (Jüd Suß), en 1940. *Vid.* GARCÍA AMADO, Antonio, “Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo”, en PUY, F., ROVIRA, M.C., *et. al.* (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44; GARCÍA AMADO, Antonio, “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 19-45.

⁴⁶ BVerfGE 7, 198, párr. 1 y 27. HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

que era necesaria la ponderación entre los dos bienes jurídicos en conflicto: el derecho a expresar opiniones, frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que podían resultar violados con el ejercicio del primer derecho. Ahora bien, el ejercicio de ponderación no consistió propiamente como el que hoy día conocemos para resolver el conflicto entre dos principios constitucionales, sino que más bien, trato acerca de restringir o limitar en menor grado el derecho fundamental de libertad de opinión del promovente, algo así (aunque en menor grado) como una especie de test o principio de proporcionalidad. En el primer extracto de esta sentencia se lee en el punto 1:

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

Más adelante, se enuncian el núcleo que comprende este sistema valorativo (dignidad humana y libre desarrollo de la persona), tal y como se enuncia a continuación (§ 27).

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t. II, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura.

[...]

En concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse –en cuanto a su contenido– a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación.

Tal y como se justifica en la sentencia, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son los dos principios fundamentales a partir de los cuales se estructura el ordenamiento jurídico. Quizá llame nuestra atención el tardío desarrollo de estos principios por la jurisprudencia mexicana (apenas en 2010). Pero insisto, la directriz argumentativa fundamental a partir de la cual se razona el juzgador mexicano resultará muy similar a la empleada por la doctrina jurisprudencial alemana, tal y como demostraré más adelante.

El juez se legitima entonces a través del paradigma de la racionalidad. Solo aquellas decisiones que son racionalmente aceptables,⁴⁷ legitiman la labor judicial, no solamente desde el punto de vista institucional, sino social y democrático. Si la Constitución se constituye como el consenso fundamental donde coinciden valores y principios que los ciudadanos han decidido aceptar, por ende, el Tribunal Constitucional es el defensor de los mismos. Dicho lo anterior, la confianza depositada en una institución como los Tribunales es una gran encomienda, ya que el principal argumento en contra de tan elevada función, es el argumento contramayoritario.

Es decir, unos pocos tomando las decisiones que nos toca a todos democráticamente.⁴⁸ Cuestiones como la despenalización del aborto, eutanasia, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, justiciabilidad de los derechos sociales, entre otras, son algunas temáticas controvertidas en las que la sociedad voltea hacia sus Tribunales y demanda con mayor ímpetu una actitud

⁴⁷ WEBER, Max, *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 660.

⁴⁸ Es importante mencionar la postura de Kelsen hacia un defensor de la Constitución cuyo carácter fuese netamente jurídico: el *Tribunal Constitucional*. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 72.

responsable y madura. Los juicios paralelos por la prensa son ejemplo del debilitamiento institucional que puede ocurrir como consecuencia del flujo suficiente o insuficiente de información.⁴⁹

Sin embargo, sus decisiones no son parte de lo que podamos decidir o no por mayoría. Su legitimación se deriva de la faceta democrática de la justicia. La *democracia sustancial*, sostiene Ferrajoli, son aquellas cuestiones relacionadas con los Derechos Fundamentales, que se encuentran exentas de la voluntad mayoritaria y se deben sujetar a un escrutinio estricto del juzgador, que ha sido avalado por el propio poder legislativo.⁵⁰ En este sentido, la labor del juez se convierte en un peldaño necesario para el fortalecimiento institucional y democrático. Tal y como afirma el Magistrado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, el juez se legitima cuando su actuación se ajusta al cumplimiento de las siguientes funciones:⁵¹ a) Defensa de la constitución; b) Custodia del ordenamiento jurídico; c) Garante del derecho de tutela; d) Protección de los Derechos Fundamentales; y e) Promoción de los Derechos Sociales.

Ahora bien, este contexto de indeterminación y de conceptos abiertos, conocidos como principios, y que son consagrados en las Constituciones contemporáneas, merecen una correcta concreción, a partir del ejercicio de la discrecionalidad judicial, conforme a un adecuado ejercicio de la interpretación y argumentación jurídica. De lo contrario, la labor en la judicatura quedaría reducida a una faceta de autoridad formal y jerárquica. Una de las características fundamentales de ese Constitucionalismo contemporáneo es la existencia de principios, más allá de la aplicación de reglas de manera mecánica en casos difíciles. Siguiendo entonces la premisa de Zagrebelsky, las sociedades son

⁴⁹ PERSILY, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008; KRAMER, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia)*, T. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

⁵¹ "Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática", en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (*La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 150.

plurales en la medida en que pugnan por valores diversos y coexisten para dar legitimidad a cada uno de los sectores sociales.⁵² La ductilidad de la Constitución reside en esa coexistencia de valores y principios, cuyo cometido principal es la unidad y la integración.⁵³

1.1.1.1 El tránsito de las Constituciones declarativas a las Constituciones normativas

La justicia impartida por los Tribunales Constitucionales es fundamental para ejercer un límite efectivo de los poderes públicos.⁵⁴ El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son pieza clave en la revaloración de los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.⁵⁵

Las Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo techo.⁵⁶ A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de Derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo) como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados

⁵² Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 13.

⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, pp. 17 y 153.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, colección demos, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1976, p. 150.

⁵⁵ SCHNEIDER, Hans Peter, "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales" en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

⁵⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. notas a propósito del constitucionalismo iuspositivista de Luigi Ferrajoli", en *DOXA*, Madrid, no. 34, 2012, pp. 121-138.

desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional, donde existe más ponderación y menos subsunción en la solución de casos difíciles. No resulta extraño por consiguiente, que algunos autores se atrevan a afirmar el surgimiento del “imperialismo de la moral” en el derecho constitucional.⁵⁷ Aunque no coincidimos del todo con esta aseveración, cabe darle importancia al sólido replanteamiento de los valores éticos cuyo contenido constitucional y jurídico son indispensables para la sólida fundamentación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales.⁵⁸ En este sentido, el Maestro Pedro de Vega defiende esta visión axiológica de la norma constitucional, al afirmar.

Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo [...] la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar [...] si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica⁵⁹.

De esta forma, las Constituciones no deben ser meras declaraciones retóricas o postulados inacabados e incumplidos, sino textos vivos que integren a la sociedad, es decir, no basta con tener Constitución es necesario estar en

⁵⁷ BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” en *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., p. 270.

⁵⁸ Vid. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, Luís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, op. cit., p. 126.

⁵⁹ DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, No. 7 (Monográfico sobre garantías institucionales), Madrid, 1979, p. 95. pp. 93-118.

Constitución.⁶⁰ La revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fundamentales ha resultado ser una de las fórmulas en las que la jurisdicción constitucional ha tomado un respiro, y mediante la cual ha permitido una mejor operatividad al juez constitucional. Incluso, el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales”⁶¹ nos han llevado, como sostendría PRIETO SANCHÍS, hacia una especie de “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 aplicación”.⁶²

Los trágicos acontecimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial volcaron los esfuerzos de los juristas por buscar un criterio material y objetivo bajo el cual se pudiera emitir un juicio crítico sobre la validez del derecho positivo. En igual sentido, el hallar pautas axiológicas para orientar su elaboración y aplicación. “En este contexto la filosofía de los valores elaborada por Scheler y Hartmann trazaron un camino llano, que conducía directamente a emplear el concepto de valor como criterio material para la validez del derecho”.⁶³

Por consiguiente, el desafío de la justicia constitucional consiste en volver efectivos los valores de dignidad y libre desarrollo de la persona humana, mediante su aplicación efectiva, con el objeto de lograr la equidad y la justicia, pues que mejor que los principios que dieron vida a Estados Constitucionales tan sólidos como el Alemán o el Español para lograr tan elevada finalidad. La

⁶⁰ La clasificación pertenece al destacado profesor Lucas Verdú, quien retoma algunas ideas del jurista alemán Karl Loewenstein. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 48.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 140.

⁶² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

⁶³ “DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM-(IIJ) Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 6-7.

construcción de una teoría de los derechos fundamentales a partir de precedentes constitucionales, debe auxiliar a la teoría del derecho y su pretensión de corrección de la injusticia de las normas jurídicas. Porque una teoría de los derechos fundamentales coherente cumple con su propósito cuando los jueces resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos, constituyéndose ésta como el mejor camino para el fortalecimiento de las instituciones judiciales y la consolidación de precedentes que irradian el ordenamiento jurídico.

1.1.1.2 La Dignidad Humana como valor superior del ordenamiento jurídico y premisa constitutiva de los Derechos Fundamentales en las Constituciones modernas

Conforme a la doctrina alemana, la dignidad humana tiene dos vertientes: *las que sí consideran que puede ser un derecho fundamental y los que piensan que únicamente es un principio del cual derivan el resto de los derechos del ordenamiento jurídico.*⁶⁴ Una postura intermedia, la sostiene el célebre y distinguido profesor de la Universidad de Friburg y Expresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ernst Benda, cuando rechaza tanto las concepciones individualistas del liberalismo clásico como las colectivistas, buscando una línea intermedia, señalando: “no existe fórmula alguna disponible y con validez general para superar el conflicto entre individuo y comunidad. Habrá que decidir caso por caso cuál de las decisiones políticas posibles resulta asumible para el ciudadano.”⁶⁵

Por otra parte, *libre desarrollo a la personalidad* guarda íntima relación con la dignidad humana. Ésta tiene su origen en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, cuando se enunciaba que todo ser humano posee el derecho innato a la “búsqueda de la felicidad”. En el marco del

⁶⁴ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 91.

⁶⁵ BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 119.

Estado Constitucional resulta difícil precisar que a una persona se le pueda atribuir un derecho a la felicidad, sin embargo, este principio ha servido de fundamento y soporte a otros Derechos Fundamentales.⁶⁶ Tal es el caso de los difíciles conflictos que se presentan, por ejemplo, con los derechos a la libertad sexual de la mujer, la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, etc.), entre otros. Cabe reiterar que este principio nos ayudará a dilucidar con mayor claridad la tesis acerca de que la interpretación y argumentación en materia de Derechos Fundamentales son necesarias e indispensables en el contexto de la sociedad moderna, ya que existen ciertos derechos que por la naturaleza y dinámica de los cambios tecnológicos no habían sido estipulados o consagrados por los textos constitucionales de manera expresa, esto sucede con los derechos a la imagen, al honor, a la intimidad y la protección de datos personales.

El profesor Carlos Bernal Pulido afirma que *el libre desarrollo de la personalidad* no debe ser entendido en un sentido perfeccionista, sino como un *ámbito reservado al individuo para la toma de decisiones vitales*. Agregando lo que la jurisprudencia colombiana ha señalado al respecto. “No corresponde al Estado, ni a la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal.”⁶⁷ Uno de los primeros textos constitucionales en consagrar de manera expresa la dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad fue la Ley Fundamental de Bonn de 1948, la cual refiere en distintos artículos lo siguiente:

⁶⁶ DE ASÍS ROIG, Rafael, “El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social” en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.

⁶⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-254.

Artículo 1 [Protección de la *dignidad humana*, vinculación del poder estatal a los Derechos Fundamentales]

1. La *dignidad del hombre* es inalienable. Es deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Artículo 2 [*Libertad de acción, libertad de la persona*]

(1) Toda persona tiene el derecho al *libre desarrollo de su personalidad* siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

Por su parte, la Constitución Española, en su artículo 10, expresa lo siguiente.

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que: el trato que los poderes públicos le otorguen a los seres humanos en cumplimiento de una ley que afecta la dignidad humana, debe ser considerado como un detrimento de los valores de que goza el ser humano por el hecho de ser persona.⁶⁸ De esta manera, la dignidad de la persona no sirve únicamente para aglutinar determinados Derechos Fundamentales, sino para dotarles de mayor peso en el momento de su ulterior ponderación. En algunas ocasiones, la privatización de la dignidad de la persona corre el riesgo de convertirla en un bien patrimonial, cuando conduce a enjuiciar con arreglo a la dignidad el alcance de las indemnizaciones civiles. En primer término, al conceptualizar el derecho al libre

⁶⁸ Sentencia de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 1970 en la audiencia de 7 de julio de 1970 -2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69-, 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, Bogotá, 2003, pp. 16-17.

desarrollo a la personalidad, el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha destacado lo siguiente:

a) La Ley Fundamental quiso significar con el “libre desarrollo a la personalidad”, no sólo el desarrollo al interior de cada área de la personalidad, que distingue la naturaleza del ser humano como persona de costumbres espirituales, ya que no sería comprensible cómo el desarrollo al interior de ese ámbito pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del ordenamiento constitucional de una democracia libre.

[...]

b)... con el libre desarrollo de la personalidad se garantiza la libertad general de actuar, que – en la medida que no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres [...] el ordenamiento legal general, que tiene que acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y que por tanto también tendrá que ser un orden legal constitucional.⁶⁹

De igual forma, la interpretación constitucional de estos dos principios, por el Tribunal Constitucional Español ha sido también muy abundante en su calidad argumentativa. En cuanto a la *fórmula de no instrumentalización (objektformel)*, íntimamente relacionada con el imperativo categórico kantiano, ha sido ampliamente desarrollada por el referido Tribunal conforme a los siguientes criterios⁷⁰:

- ⊙ La persona no puede ser patrimonializada; es sujeto, no objeto de contratos patrimoniales (STC 212/1996).
- ⊙ El trabajador no puede ver subordinada su libertad mediante su consideración como “mero factor de producción” o “mera fuerza de trabajo” (STC 192/2003).
- ⊙ La persona no puede ser, en cuanto tal, mero instrumento de diversión y entretenimiento (STC 231/1988).

⁶⁹ Sentencia de la Sala Primera de 16 de enero de 1957, BvR 253/56, SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, op. cit., pp. 20-22.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 97.

- ⊙ En el mismo sentido, la persona es convertida en mero objeto en los casos de agresión o acoso sexual (SSTC 53/1985 y 224/1999).
- ⊙ La dignidad impone que la asunción de compromisos u obligaciones tenga en cuenta la voluntad del sujeto, al menos cuando son de peculiar trascendencia, como la maternidad (STC 53/1985).
- ⊙ La dignidad impone que sea reconocida al sujeto la posibilidad de participar en procesos judiciales en los que atribuyen al sujeto graves responsabilidades penales, sin que pueda aparecer como mero objeto de dichos procedimientos (STC 91/2000).

La fórmula de no instrumentalización del hombre coincide perfectamente con el imperativo categórico kantiano ya referido. Así, dicha concepción *no impone operar con una concepción idealizada del hombre como ser racional, de modo que los casos concretos de violaciones a la dignidad deberían de ser tratados no a partir de la concreta dignidad del individuo afectado, sino de consideraciones generales, sobre las potencialidades del hombre y sobre su especie.*⁷¹ Tanto la dignidad humana como el libre desarrollo a la personalidad son principios que se encuentran intrínsecamente relacionados.⁷² Por una parte, el libre desarrollo a la personalidad ha servido para ampliar e incluso crear nuevos derechos, tal es el caso del derecho a la intimidad personal y familiar,⁷³ o el caso de los derechos difusos o colectivos.⁷⁴ Concluimos, que la dignidad humana debe ser considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico, así como un principio fundamental del Estado Constitucional, al igual que un derecho fundamental, sin el cual, no podrían tener sentido el resto de los Derechos Fundamentales.

⁷¹ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op. cit., p. 31.

⁷² Tal es el caso del aborto en las resoluciones. TCE: 38/1994, 53/1985. O en relación a los derechos sociales. Sentencia de recurso de amparo 192/2003.

⁷³ Sentencia TCE: 64/1986. Sentencia de recurso de inconstitucionalidad 290/2000

⁷⁴ Sentencia de recurso de amparo 16/2004; 119/2001. Sentencia de recurso de amparo 94/1999.

A pesar del continuo empleo del término de dignidad de la persona a partir de las más variadas posiciones;⁷⁵ en la actualidad, debemos relacionar a la dignidad humana, como bien lo asevera el profesor Peces-Barba, “con los fines y contenidos de la ética pública como fundamento de la norma básica material y los valores de la ética pública política como la libertad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema.”⁷⁶ Asimismo, otra propuesta es la del alemán Peter Häberle, quien desarrolla la idea de la dignidad humana como *premisa antropológica-cultural* de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo.⁷⁷ El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “*dignidad humana*”, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal.

Únicamente conociendo a fondo la doctrina filosófico-política, e incluso antropológica sobre la dignidad de la persona humana se le podrá dar un contenido verdadero y auténtico a este principio y valor superior del ordenamiento jurídico. Pretender que aisladamente o como una especie de fórmula jurídica pueda darse contenido a un derecho de tanta trascendencia, implicaría vaciar este concepto y volverlo utilitario o carente de significado. Por este motivo, considero que ha sido importante matizar sobre las principales corrientes en torno a este principio fundamental, que ha sido reconocido de manera expresa por la SCJN en las últimas resoluciones judiciales que ha emitido, convirtiéndolo en premisa central y pilar indiscutible en el Estado Constitucional mexicano.

⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La dignidad de la persona” en *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 19 y ss.

⁷⁶ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid España, Edición (2 ed. ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003, p. 77.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, (trad. Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 169.

1.1.1.2.1 El reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona como valores superiores del ordenamiento en el Estado Constitucional mexicano

La dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, junto con la igualdad, han sido reconocidos por la jurisprudencia mexicana como los dos principales valores que fundamentan el Estado Constitucional mexicano. A finales de los años noventa la SCJN reconoció por primera vez al principio de igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, base para la producción normativa, así como para su posterior interpretación y aplicación.⁷⁸

Por su parte, el Ministro en retiro Díaz Romero afirma que embrionariamente podemos ubicar decisiones concernientes a la dignidad de la persona, pero fundamentadas o basadas conforme al principio de igualdad y no discriminación, así como la libertad de expresión, aunque su fundamentación principal no versa en torno a los principios enunciados, son importantes debido a su desarrollo primigenio en la argumentación constitucional.⁷⁹

- ◆ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 29 de septiembre de 2004 (amparo directo en revisión 988/2004);⁸⁰
- ◆ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 23 de mayo de 2007, en el amparo directo en revisión 402/2007;⁸¹
- ◆ Sentencia dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 881/2007, el 4 de julio de 2007, donde se invoca también el concepto de dignidad humana, pero se resuelve conforme al derecho de no discriminación.

⁷⁸ Véanse Considerando quinto de las sentencias judiciales relativas a los siguientes expedientes: Amparo en revisión 321/92. Pyosa, S. A. de C. V. 4 de junio de 1996, fj. 43. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel; Amparo en Revisión 1525/96. Jorge Cortés González. 8 de mayo de 1997, fj. 43. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

⁷⁹ DÍAZ ROMERO, Juan Díaz, *El principio de la dignidad humana y su repercusión en la constitución de los estados unidos mexicanos*, Conferencia magistral del Primer Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 16 de mayo, 2008.

⁸⁰ La sentencia está fundamentada con el principio de igualdad y no discriminación de una caso con los sustitutos de la pena de prisión y los beneficios de la condena condicional.

⁸¹ Dicha resolución versó sobre la Ley de imprenta y la colisión entre el derecho a la libertad de imprenta y los derechos a la intimidad y la vida privada. Existió un voto disidente del ministro José Ramón Cossío.

- ◆ Sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada el 21 de abril de 2004 en el amparo en revisión 799/2003, que también resuelve apoyándose en el derecho a la no discriminación;
- ◆ Sentencia dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada el 2 de octubre de 2007 en el amparo en revisión 723/2007, también se invoca la dignidad humana pero se resuelve con base en la garantía de audiencia.

La dignidad humana es un derecho cuya titularidad la detentan las personas físicas, más no las personas morales.⁸² En tal sentido, se ha reconocido a la dignidad y el libre desarrollo de la persona como presupuestos para dotar de contenido a otros Derechos Humanos que en un inicio, no se encontraban estipulados en el propio texto constitucional, como los relativos a los derechos de género, relacionados con un caso sobre cambio de sexo y el matrimonio de personas homosexuales. Las tesis que han derivado del tratamiento judicial por nuestro máximo Tribunal han sido diversas, destacan las siguientes.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.⁸³

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una *dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y*

⁸² DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. ES CONNATURAL A LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO A LAS MORALES. Registro: 2002740; [TA]; Tesis: VI.3o.A.1 K, 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1344.

⁸³ Tesis Aislada: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.

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

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.⁸⁴

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.⁸⁵

Estos criterios forman parte de la creación de un bloque de constitucionalidad en torno a la Dignidad Humana, entendiendo por éste “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por

⁸⁴ Tesis Aislada: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, Página: 7.

⁸⁵ Tesis Aislada: P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Pleno, 10ª Época, Agosto de 2011, p. 877. Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

diversas vías y por mandato de la propia Constitución [...] para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo”.⁸⁶

En la primera tesis citada se abordó el tema de derechos de las personas transexuales, al respecto se defendió lo siguiente.⁸⁷ La Suprema Corte sostuvo que era la psique donde reside el *libre desarrollo de la personalidad jurídica*, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida. Asimismo, reconoció la existencia de los derechos a la privacidad y a la propia imagen, tal y como lo han hecho otros Tribunales Constitucionales en el mundo. Resulta también bastante interesante el empleo del derecho comparado como argumentos en la sentencia, ya que nuestra Constitución no consagraba de manera expresa, además, no existían precedentes en nuestro país sobre situaciones similares al respecto.

El segundo caso se encuentra delineado bajo el bloque de constitucional apuntado líneas anteriores. Se refiere a la configuración legal del matrimonio por personas homosexuales en el Código Civil del Distrito Federal y la subsecuente adquisición de derechos como cualquier pareja heterosexual. La Corte Constitucional mexicana determinó sobre este respecto que dicha reforma se ha constituido “como una medida legislativa constitucionalmente razonable, toda vez que, conforme a lo resuelto por este Tribunal en Pleno en el amparo directo 6/2008, en sesión de 6 de enero de 2009, la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra

⁸⁶ Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95.

⁸⁷ Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-ps.

persona de igual o distinto sexo”. Lo anterior refuerza sin dubitaciones el criterio interpretativo apuntado bajo un esquema de hermenéutica constitucional de principios que permite al intérprete judicial escudriñar y ampliar el abanico de protección en torno a Derechos Humanos no contemplados a primera vista por la Constitución Federal, pero que con base a una lectura valorativa del propio texto pueden desprenderse del mismo.

Abona a lo anterior el reconocimiento del matrimonio homosexual en aquellas entidades como Oaxaca, que de manera expresa no reconocen dicha figura, pero que a raíz del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como derecho fundamental y el principio de igualdad, han declarado inconstitucional la figura del matrimonio heterosexual, porque establece una diferencia respecto a las personas del mismo sexo que desearan contraer matrimonio, por tanto, dicha distinción no resultaba legítima, sino que se trata de una discriminación, lo cual abre la puerta para que en otros Estados de la República se replique esta misma decisión, bajo los mismos argumentos.⁸⁸

Por último, existe también el reconocimiento de la dignidad de la persona, en relación con la configuración legal de contribuciones de parte de los gobernados. Haciendo hincapié en que el valor que fundamenta el derecho a un “mínimo vital” se encuentra sustentado, además de la Dignidad de la Persona, en el valor de la solidaridad, configurada como el requerimiento de que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA.⁸⁹

⁸⁸ Amparo en Revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre, 2012, pp. 16-17.

⁸⁹ Tesis Aislada: 1a. X/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009, p. 547.

Tiempo después el PJJ se ha referido al derecho al mínimo vital como parte de los principios del Estado Social de derecho, entre los que se encuentra la dignidad de la persona humana, así como la solidaridad, los cuales forman parte de las condiciones mínimas de subsistencia para las personas que habitan el territorio mexicano.⁹⁰ Igualmente, existe jurisprudencia firme que define y concreta el valor de la dignidad humana (aunque precaria) que es un buen intento por empezar hacer verdadera teoría constitucional.

DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN⁹¹

La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO⁹²

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.

Asimismo, en la última época ha relacionado este principio fundamental con el principio de presunción de inocencia,⁹³ la igualdad y la no discriminación,⁹⁴ plazo razonable y prisión preventiva,⁹⁵ derecho al honor e intimidad (Caso la

⁹⁰ DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. Tesis: I.4o.A.12 K (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1345.

⁹¹ Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Libro I, Octubre de 2011, p. 1528.

⁹² Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Libro I, Octubre de 2011, p. 1529.

⁹³ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. Registro: 2002596; [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 2; Pág. 1687.

⁹⁴ IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. Tesis: 1a. CXLV/2012 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 487.

⁹⁵ SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU

Jornada),⁹⁶ régimen de convivencias en menores de edad,⁹⁷ así como en materia de seguridad social, ha señalado que se viola la dignidad como derecho fundamental, en cuestiones de cuantificación de las prestaciones laborales⁹⁸, y más recientemente, sobre el tratamiento de presos adolescentes⁹⁹ y reos en penitenciarias.¹⁰⁰

1.1.1.3 El reconocimiento de principios constitucionales en la jurisprudencia mexicana

La estructura de los derechos fundamentales como principios tiene inspiración en la doctrina jurisprudencial alemana posterior a la segunda posguerra, en el Tribunal Constitucional Federal Alemán. La interpretación de la Ley Fundamental de Bonn, y especialmente los derechos reconocidos en la misma, adquirieron gran relevancia y trascendencia, a partir de la interpretación realizada por aquél órgano constitucional en casos de enorme trascendencia e impacto en la sociedad alemana.

DURACIÓN. No. De Registro 2001493 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 499.

⁹⁶ DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Registro: 2000082; Tesis: 1a. XXI/2011 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2905.

⁹⁷ Tesis Aislada: I.5o.C.133 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Agosto de 2010, p. 2340.

⁹⁸ DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. SE VULNERA SI EN LA CUANTIFICACIÓN DE QUINQUENIOS A FAVOR DE UN EMPLEADO AL SERVICIO DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE OAXACA SE APLICA LA CONVERSIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 22 DE JUNIO DE 1992, POR EL QUE SE CREÓ LA NUEVA UNIDAD DEL SISTEMA MONETARIO NACIONAL. Tesis: XIII.T.A.3 L (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1856.

⁹⁹ MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN PARA ADOLESCENTES INFRACTORES. SI PARA SU ADECUADA APLICACIÓN EL JUEZ TOMA EN CONSIDERACIÓN EL DIAGNÓSTICO TÉCNICO QUE LES FUE PRACTICADO, ELLO NO TRANSGREDE SU DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, NI EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Tesis Aislada 9o.P.36; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3; Pág. 1825.

¹⁰⁰ TRABAJO PENITENCIARIO. SU DESARROLLO DEBE ESTAR ERIGIDO SOBRE LA OBSERVANCIA Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. Tesis de Jurisprudencia: P./J. 34/2013 (10a.). [J]; 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación.

La construcción teórica creada por el jurista alemán Robert Alexy y el diseño creado por el iusfilósofo americano Ronald Dworkin, han sido hasta el momento, los principales modelos que se han incorporado desde la filosofía del derecho a la teoría constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido, la teoría distingue tres principales elementos: las reglas, los principios y las directrices.

Realizaré una explicación exhaustiva en el siguiente capítulo acerca de la distinción entre las mismas, no obstante, realizo a continuación una breve introducción sobre estas categorías. Las reglas son aquéllas que se cumplen o no, es decir, no admiten otra interpretación. Mientras que los principios son mandatos de optimización, dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. Por este motivo, la visión de Alexy (que comparto), manifiesta la necesidad de concretar y dotar de un peso específico a cada derecho fundamental de acuerdo al caso en particular que se presente.¹⁰¹

En último término, las directrices constituyen aquéllos estándares propios del poder legislativo que constituyen los objetivos que deben ser alcanzados por las normas creadas por el legislador, debido a que éstos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.¹⁰² En este sentido, la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sido ajena a esta concepción de derechos a partir de principios.

Al respecto, se encuentran los precedentes constitucionales como el amparo directo civil 6/2008, el amparo en revisión 2/2000, la acción de inconstitucionalidad 6/98, el Caso Temixco (Controversia Constitucional 31/97) y la Controversia Constitucional 91/2003 (Caso FOBAPROA).¹⁰³ Todos ellos tienen algo en común, y es que en cada uno de ellos la Suprema Corte ha reconocido la

¹⁰¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86.

¹⁰² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.

¹⁰³ Cabe referir que estos tres últimos casos ya habían sido analizados y referidos por el maestro José Ramón Cossío, en su obra: *La Teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Fontamara, 2002, p. 149.

existencia de ciertos valores jurídicos superiores existentes en el ordenamiento constitucional como ejes rectores en el Estado Constitucional.

El primer caso resuelto fue la acción de inconstitucionalidad 6/98, resuelta el 23 de septiembre de 1998, concerniente a la impugnación de distintas normas del Código Electoral del Estado de Quintana Roo, teniendo como actor el Partido de la Revolución Democrática, en contra de las reformas al código referido, porque resultaban contrarias al principio de proporcionalidad. Bajo esta tónica, la resolución citada, en su considerando décimo, por medio de la hermenéutica constitucional, los ministros infieren la existencia de un conjunto de valores que circundan al principio de proporcionalidad. Al respecto, la parte conducente dice:

... la proporcionalidad en materia electoral, más que un principio, constituye un sistema compuesto por bases generales tendentes a garantizar de manera efectiva la pluralidad en la integración de los órganos legislativos, permitiendo que formen parte de ellos candidatos de los partidos minoritarios, e impidiendo, a la vez, que los partidos dominantes alcancen un alto grado de sobre-representación. Esto explica por qué, en algunos casos, se premia o estimula a las minorías y en otros se restringe a las mayorías... el análisis de las disposiciones que se combatan en esta vía constitucional, debe hacerse atendiendo no sólo al texto literal de cada una de ellas en lo particular, sino también al contexto de la propia norma...

De acuerdo a lo anterior, podemos apreciar el reconocimiento explícito por los juzgadores de una existencia o conjunto de valores en torno al principio de proporcionalidad, específicamente el valor del pluralismo político. Dicho principio ha merecido un tratamiento especializado, no solamente por encontrarse consagrado expresamente en el ordenamiento constitucional, sino también en su jurisprudencia, como es el caso del Tribunal Constitucional Español. Cabe referir que en aquél país su empleo ha sido en ocasiones meramente retórico, “como

acompañamiento terminológico o estético del fundamento de la resolución”,¹⁰⁴ mientras que en otras tantas ha formado parte de la motivación en el fallo final adoptado por el Tribunal Constitucional.

Esta última peculiaridad es digna de análisis, ya que ahí se observa el fundamento en la acción de inconstitucionalidad, utilizándolo como uno de los ejes fundamentales para motivar su fallo, sobre ello, se puede leer en el Considerando décimo segundo lo siguiente:

... los preceptos impugnados no deben analizarse de manera aislada sino adminiculados con los demás que en su conjunto reglamentan la asignación de diputados por el principio de representación proporcional, pues en lo individual cada numeral visto de manera independiente y particularizada, pudiera hacer suponer que es contrario a las bases generales que regulan el aludido principio; en cambio, concatenados entre sí, como parte de un sistema general, confluyen para la obtención de un resultado final en el que la aplicación de cada regla asegura el fin último buscado que es la participación plural mediante la asignación proporcional de las curules.

Cabe advertir que el artículo sobre el cual se analizaba la posible inconstitucionalidad se refería a la asignación de diputados por el principio de representación proporcional, específicamente la exigencia de la obtención de 2.5% de la votación estatal. La conclusión final del proyecto trata de enlazar la idea de pluralismo político con la de representación proporcional

¹⁰⁴ Al respecto, nos refiere el profesor J. Javier Santamaría Ibeas, que cuando dicho valor ha sido empleado como fundamento de las resoluciones ha sido en cuatro campos distintos: a) dotando de una amplia capacidad al legislador sobre cualquier materia; b) el pluralismo como técnica jurisdiccional objetiva que permite la determinación de la composición que han de tener los órganos colegiados cuando éstos no son representativos; c) en relación con otras libertades individuales, como la libertad de expresión; y d) como concepto clave para diseñar e interpretar el papel que en nuestro sistema jurídico le corresponde desempeñar a los partidos políticos. SANTAMARÍA IBEAS, Javier J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político)*, (prólogo de Gregorio Peces-Barba), Dykinson-Universidad de Burgos, Burgos, 1997, pp. 361-362. ORZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, (prólogo de Pablo Lucas Verdú), Facultad de Derecho-Universidad de Granada, Granada, 2003, pp. 330-340.

Es verdad que el análisis particular y aislado de la fracción II impugnada, podría llevar a la conclusión de que no cumple con el principio de proporcionalidad al establecer que los partidos que obtengan el 2.5% de la votación tienen derecho a la asignación de un diputado plurinominal, puesto que tal porcentaje está por abajo del 4% que cada uno de los 25 diputados significa con relación a la totalidad del Congreso; sin embargo, el análisis de dicha fracción debe hacerse atendiendo no sólo al texto literal de la norma, sino también al contexto normativo de la misma... debe atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor de pluralismo político que tutela, a efecto de determinar si efectivamente la disposición combatida inmersa en su contexto normativo hace vigente ese principio conforme a las bases generales que lo soportan.

Por esto, aun cuando la asignación de diputados dependa de que el partido político cuente con ese porcentaje mínimo, con independencia de su votación real obtenida, se logra cumplir con los fines buscados, pues todos aquéllos que tienen una representatividad importante, podrán estar representados en el órgano legislativo.

Tal y como apuntaba al inicio, este es uno de los primeros precedentes mediante el cual la SCJN reconoce de manera expresa la existencia de valores jurídicos superiores en la Constitución federal, y a partir de ésta (específicamente el de pluralismo político), extiende el concepto de representatividad política para delimitar cuando resulta proporcional la representación político-electoral. Es decir, concluye que a pesar de que si bien es cierto, las leyes electorales exigen un porcentaje mínimo de votación, esto no significa que los partidos minoritarios sean dejados de lado en puestos de elección popular, sino que el mismo sistema de representación proporcional es el que ayuda finalmente a que no haya predominio de partidos mayoritarios.

Por otra parte, el Caso Temixco, resuelto el nueve de agosto de 1999, se refiere a una controversia constitucional interpuesta por el ayuntamiento del municipio de Temixco, en el Estado de Morelos, con la finalidad de decidir sobre un conflicto de límites territoriales entre los municipios de Cuernavaca y Temixco, debido a que el Congreso había emitido un decreto por medio del cual se reconocía la jurisdicción del municipio de Cuernavaca sobre un conjunto de colonias o barrios que pertenecían anteriormente al municipio de Temixco, ya que las autoridades de éste último, habían dejado de prestar los servicios públicos respecto de dichas colonias o barrios.¹⁰⁵

Destaca en primer término, al inicio de su argumentación, el reconocimiento sobre la existencia de varios órdenes jurídicos en el Estado Constitucional mexicano: a) orden jurídico federal; b) orden jurídico estatal o local; c) orden jurídico del Distrito Federal; y finalmente, d) orden jurídico constitucional. Este último orden, de acuerdo al razonamiento que realiza la SCJN, es el que se erige sobre los demás como un orden total, al extender su validez y eficacia normativa de manera absoluta sobre los órdenes jurídicos parciales. Se concluye finalmente en el considerando quinto, sobre la existencia de un sistema de valores, presentes en el ordenamiento jurídico y constitucional.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ver: Sentencia recaída a la Controversia Constitucional 31/97, dictada por el Pleno de la SCJN.

¹⁰⁶ Algo similar había sido reconocido por un Tribunal Colegiado de Circuito una década antes, al momento de distinguir entre la interpretación de las normas legales y las constitucionales. INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 419. ... el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.

... el texto constitucional refleja un sistema de valores que en ocasiones pueden presentar ambigüedades, fórmulas genéricas de contenido indeterminado o muy discutibles e incluso contradictorias, el órgano de control está llamado a actualizar e integrar los valores imperantes en la Constitución, salvaguardando el lugar en que se encuentran dentro del sistema jurídico nacional, pues será siempre la decisión del tribunal constitucional una opción jurídica, aun cuando tenga un contenido político, pues la resolución siempre tendrá que emitirse y apegarse al derecho primario.

A diferencia de la anterior resolución, la Corte no termina por precisar cuáles serían esas fórmulas genéricas de contenido indeterminado o sobre la existencia de valores que está obligada a delimitar, precisar e integrar. En este caso, el argumento es empleado como ornamento o recurso de estilo, sin conseguir la suficiente profundidad argumentativo-constitucional que se requiere para ampliar o delimitar ese sistema de valores contenido en la Constitución. Algo similar ocurre en el Caso FOBAPROA, éste se refiere a la controversia constitucional 91/2003, resuelta el veintitrés de junio de dos mil cinco, interpuesta por el Poder Ejecutivo Federal en contra de la Cámara de Diputados y la Auditoría Superior de la Federación, misma que explico en el siguiente párrafo.

El Fondo de Protección al Ahorro Bancario (actualmente Instituto de Protección al Ahorro Bancario IPAB), es un fideicomiso creado por el gobierno de México, con el objeto de rescatar el sistema bancario de la crisis económica de mediados de los años noventa, teniendo un monto aproximado de 800 mil millones de dólares, inyectado directamente de recursos públicos. El contexto en el cual se dio dicho rescate estuvo envuelto por escándalos de corrupción relacionados con los fraudes millonarios de empresarios, al declarar que no tenían capacidad de pago, y de esta forma, acceder a los fondos del rescate bancario.

La litis en el presente asunto, se limitaba a determinar si la exigencia de parte de la Auditoría Superior de la Federación sobre una serie de recomendaciones, a través de distintos oficios, realizadas hacia el Ejecutivo

Federal sobre el seguimiento y fiscalización de los recursos del FOBAPROA, constituían una violación al principio de división de poderes, y por consiguiente, invadían la esfera de competencias.

Al respecto, la Corte analiza especialmente las garantías de fundamentación e irretroactividad de la ley, advirtiendo que éstas no solamente deben ser concebidas como “normas dirigidas a tutelar la esfera jurídica de los gobernados frente a actuaciones de los poderes públicos, sino como principios de carácter objetivo capaces de limitar toda la actuación pública (interdicción a la arbitrariedad, exacta aplicación de la ley, seguridad jurídica), especialmente en los casos en que ello sea relevante a efectos de resolver el problema competencial formulado”. De igual manera, el Tribunal Constitucional no orienta la función de los derechos fundamentales como principios de carácter objetivo, es decir, dicha argumentación sirve, al igual que el anterior caso como mero recurso estilístico que no sirve para dar soporte real a su sentencia. Incluso, sucede lo contrario al concluir en la decisión lo siguiente (Considerando séptimo):

En consecuencia, los planteamientos de violación a los principios de fundamentación y de irretroactividad de la ley serán examinados en las siguientes líneas, desde la óptica de la vía que nos ocupa, es decir, a propósito del examen de la competencia de la Auditoría Superior de la Federación para emitir los oficios controvertidos, principalmente atendiendo a los principios de exacta aplicación de la ley y de seguridad jurídica.

Dicho lo anterior, a pesar de la concepción material de constitución y el entendimiento que realiza la Corte sobre los derechos fundamentales como principios de carácter objetivo, me parece pobre el argumento final utilizado como premisa para soportar el análisis posterior de la constitucionalidad de los oficios emitidos por la Auditoría Superior de la Federación, al establecer que los derechos fundamentales o “garantías de fundamentación e irretroactividad (indisolublemente relacionados con los principios de interdicción de la arbitrariedad, exacta

aplicación de la ley y seguridad jurídica)” iban a ser interpretados como “principios de exacta aplicación de la ley y seguridad jurídica”.

Una situación distinta ocurre con los dos últimos casos que se analizarán. El primero de ellos, identificado como Amparo en Revisión 2/2000, fue resuelto el once de octubre del año 2000. El mismo aborda la violación al derecho fundamental a la intimidad o privacidad, particularmente el derecho a las comunicaciones privadas. En esencia, derivó de un juicio de divorcio, en el cual la demandada (esposa) ofreció entre otras pruebas una declaración testimonial. Ante dicha prueba, el actor (esposo) arguyó que aquella no debía ser considerada como válida, ya que la testigo sostenía una relación de amistad con la demandada. En este sentido, las leyes civiles mexicanas consideran ilegal una prueba testimonial realizada por una amistad de la parte oferente.

El problema se suscitó cuando se trató de demostrar dicha relación de amistad que existía entre la demandada y la testigo, para lo cual el actor aportó como prueba unas conversaciones telefónicas sostenidas entre la testigo y la demandada. El conflicto se centró en determinar si esas conversaciones telefónicas aportadas constituían una violación al derecho fundamental de intimidad o privacidad consagrado en la Constitución mexicana.

La Corte resolvió que el mandato constitucional que establece: “*Las comunicaciones privadas son inviolables...*”, había sido violentado por el esposo, al haber ofrecido esta prueba dentro del juicio. Si bien es cierto que los ministros del Tribunal no argumentaron que el actor había violado el derecho fundamental a la privacidad de la actora, sino que se trató de una ilicitud constitucional, sí establecieron que “los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente”.

Acorde con lo anterior, se consideró que existen ciertos principios universales contenidos en el texto fundamental que deben ser respetados tanto por la autoridad como por los gobernados, como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en el caso de que la intervención a una comunicación privada sea traída de manera ilegal a un juicio. Por una parte, se podría discernir que se trata de una simple cuestión de pruebas ilegales aportadas en un juicio, lo cual derivaría en un simple problema de legalidad como estuvo acostumbrada la jurisdicción mexicana por largos años. Sin embargo, nosotros creemos que se trató en realidad de una resolución orientada en principios y derechos, ya que de manera indirecta se argumentó que se había violentado el precepto constitucional que protege el derecho fundamental a la privacidad.

Asimismo, esto encuentra su fundamento en la motivación que realiza la Corte cuando hace referencia a las ilicitudes constitucionales que pudieran ser cometidas incluso por los mismos particulares, definiendo como ilicitud constitucional como “la omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la Constitución”. Aunado a lo anterior, identificamos dentro de la resolución, el argumento a través del cual la Corte hace énfasis en el principio de vinculatoriedad o eficacia de los derechos fundamentales señalando lo siguiente: “los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente”.

Cabe destacar que en esta resolución la SCJN extiende el concepto o significado que da a los principios, identificándolos como principios universales. Para tal efecto, reseña un conjunto de ejemplos, entre los que destacan los establecidos en los numerales 2, 4, 27 y 31 de la Constitución mexicana. Es decir, para la Corte mexicana, dichos artículos imponen un deber de hacer o no hacer dirigido a los particulares, más no a las autoridades. Tal y como sucede con la prohibición de esclavitud, el derecho a los menores a su alimentación, salud y

educación; el artículo 27, cuando hace referencia a la propiedad originaria de las tierras; y finalmente el artículo 31, en sus fracciones I y IV, al establecer las obligaciones impuestas a los mexicanos, “hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas para obtener educación” y “contribuir a los gastos públicos de la federación, estado y municipios”.

Adicionalmente, el Tribunal es muy cuidadoso al momento de elaborar su argumentación al hacer referencia a lo que pudiéramos denominar propiamente como una violación a un derecho fundamental (en este caso derecho a la intimidad), sino que se refiere propiamente a ilícitos constitucionales. A pesar de lo anterior, es a partir de un razonamiento desde la hermenéutica constitucional, que la misma Suprema Corte reconoce principios universales que si no son cumplidos, violentan las normas constitucionales que deben tener eficacia en el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando establece que efectivamente existió una violación a la intimidad, no determina que se haya violado un derecho fundamental, sino que se refiere más bien a una ilicitud constitucional.

Finalmente, también se encuentra el Amparo directo civil 8/2010, resuelto el seis de enero de dos mil diez. El asunto trata, inter alia, de la impugnación hecha por una persona transexual, consistente en una anotación marginal que ordenaron los juzgados civiles en su acta de nacimiento, donde se establecía que había cambiado de identidad, evidenciando de esta forma su condición de transexual a terceras personas, violando así los derechos fundamentales a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, dignidad humana, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud, según los mismos ministros.

Acercas de esta resolución queremos destacar dos situaciones. La primera se refiere al reconocimiento de dos principios fundamentales: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, ya que a partir de estos dos principios fundamentales se argumenta la existencia de parte de la autoridad civil violaciones

a la vida privada e intimidad del recurrente. Es importante la cita referente a la jurisprudencia comparada, con el fin de robustecer los argumentos de la decisión.

La doctrina jurídica ha sentado que la dignidad del hombre es inherente a su esencia, a su ser. Se trata del reconocimiento de que, en el ser humano, hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, pues “se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad”. Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. Así, de la dignidad humana, se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad. El derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana.

En tal sentido, se determinó que a partir del principio de la dignidad de la persona humana se deriva la teoría de los derechos de la personalidad, que componen un sector, dentro del más amplio de los derechos humanos, en el cual se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Por estos motivos, considero que esta decisión emblemática representa un ejemplo claro de la recepción de este modelo principialista de derechos fundamentales.

1.1.2 Un modelo más sofisticado de interpretación judicial en el Neoconstitucionalismo

El modelo del juez burocrático, desarrollado durante el siglo XIX, de acuerdo a la concepción clásica de Montesquieu, en la que éste era la boca muda del legislador es caduco.¹⁰⁷ Igualmente, el argumento contramayoritario donde el juez es incapaz de decidir lo que aparentemente sólo compete al legislador (principio democrático) se encuentra agotada, ya que un presupuesto de los modernos Estados Constitucionales es la tensión entre los principios democráticos y de supremacía constitucional.¹⁰⁸ La defensa del juez de los valores y principios constitucionales, tiene lugar en lo que los teóricos han denominado: democracia sustancial.

Una concepción renovada de la Constitución, en sentido material, así como una judicatura activa, que defienda los valores socialmente aceptados en una comunidad determinada ha sido el común denominador del éxito de las instituciones judiciales. Es bien conocido el periodo totalitario nazi, donde el predominio de la voluntad política no permitía la plena defensa de la Constitución a través de cauces institucionales independientes y autónomos, debido a la concepción triunfante que en ese entonces desembocó en la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007, p. 183; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

¹⁰⁸ DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Constitución y democracia", en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73; LINARES, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹⁰⁹ El Nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de Canciller como de Presidente del Reich, dependía igualmente del Führer, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt, señalaban que era Führer quien defendía el derecho. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108; La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo: la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y*

Imaginemos la sociedad alemana, convulsionada después de aquella guerra, devastada política, económica y socialmente. Desanimada moralmente, deslegitimada institucionalmente. El primer paso fue el consenso: la consagración plena de la dignidad de la persona humana como principio inalterable e inviolable, mandato dirigido a todos los agentes: públicos y privados. La segunda fase: la creación de instrumentos eficaces para su respeto y protección, a través de cauces institucionales, cualquier otro, como la violencia de cualquier especie, quedaba descartado.¹¹⁰ De igual forma, siguiendo estos mismos parámetros en aquellos casos donde se ponderaba la libertad de expresión frente al derecho al honor, con el fallo Lüth, y la proclamación de un orden objetivo de valores.¹¹¹

Otra decisión emblemática la constituyó la negativa de conceder el registro a los Partidos Comunista y Nacionalsocialista por ir en contra del principio democrático, de acuerdo a una interpretación conforme del concepto de necesidad social imperiosa.¹¹² El juez se legitima entonces a través del paradigma de la racionalidad. Solo aquellas decisiones que son racionalmente aceptables,¹¹³

posibilidades de salvaguardia de la Constitución), (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

¹¹⁰ El Caso Schleyer es excelente ejemplo del compromiso institucional del Tribunal Constitucional de ese país, sucedido durante los años setenta. Se trata de la solicitud realizada por el hijo del Presidente de la Federación de Industriales Alemanes, el Dr. Hans Martin Schleyer, secuestrado durante el "Otoño alemán", por la Fracción del Ejército Rojo (RAF), (grupo terrorista) de aquel país. Sus demandas consistían en la liberación de las principales cabecillas del movimiento, que en ese entonces permanecían en una prisión alemana. El Tribunal se negó a ponderar el derecho a la vida, frente a la amenaza que implicaba satisfacer los deseos de un grupo al margen de la ley y las instituciones (BVerfGE 46, 160, párr. 12-16).

¹¹¹ La sentencia consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Veit Harlan, por considerar los llamados al boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película "Unsterbliche Geliebte" (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan, no eran amparados por la libertad de expresión. BVerfGE 7, 198, párr. 1 y 27. HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

¹¹² Sentencia de la Segunda Sala del 2 de marzo de 1977. 2 BvE 1/76. (BverfGE 2, 1-SRP-Verbot). KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Chicago, 1997; LOEWENSTEIN, Karl, "Militant Democracy and Fundamental Rights II", en *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4, Agosto, American Political Science Association, Washington, 1937, pp. 638-658.

¹¹³ WEBER, Max, *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 660.

legitiman la labor judicial, no solamente desde el punto de vista institucional, sino social y democrático. Si la Constitución se constituye como el consenso fundamental donde coinciden valores y principios que los ciudadanos han decidido aceptar, por ende, el Tribunal Constitucional es el defensor de los mismos.

Dicho lo anterior, la confianza depositada en una institución como los Tribunales es una gran encomienda, ya que el principal argumento en contra de tan elevada función, es el argumento contramayoritario. Es decir, unos pocos tomando las decisiones que nos toca a todos democráticamente.¹¹⁴ Cuestiones como la despenalización del aborto, eutanasia, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, justiciabilidad de los derechos sociales, entre otras, son algunas temáticas controvertidas en las que la sociedad voltea hacia sus Tribunales y demanda con mayor ímpetu una actitud responsable y madura. Los juicios paralelos por la prensa son ejemplo del debilitamiento institucional que puede ocurrir como consecuencia del flujo suficiente o insuficiente de información.¹¹⁵

Sin embargo, sus decisiones no son parte de lo que podamos decidir o no por mayoría. Su legitimación se deriva de la faceta democrática de la justicia. La *democracia sustancial*, sostiene Ferrajoli, son aquellas cuestiones relacionadas con los Derechos Fundamentales, que se encuentran exentas de la voluntad mayoritaria y se deben sujetar a un escrutinio estricto del juzgador, que ha sido avalado por el propio poder legislativo.¹¹⁶ En este sentido, la labor del juez se convierte en un peldaño necesario para el fortalecimiento institucional y democrático.

¹¹⁴ Es importante mencionar la postura de Kelsen hacia un defensor de la Constitución cuyo carácter fuese netamente jurídico: el *Tribunal Constitucional*. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 72.

¹¹⁵ PERSILY, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008; KRAMER, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia)*, T. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

Dicho lo anterior, se puede concluir previamente que el juez se legitima cuando su actuación se ajusta al cumplimiento de las siguientes funciones.¹¹⁷

- a) Defensa de la constitución;
- b) Custodia del ordenamiento jurídico;
- c) Garante del derecho de tutela;
- d) Protección de los Derechos Fundamentales;
- e) Promoción de los Derechos Sociales.

Ahora bien, este contexto de indeterminación y de conceptos abiertos, conocidos como principios, y que son consagrados en las Constituciones contemporáneas, merecen una correcta concreción, a partir del ejercicio de la discrecionalidad judicial, conforme a un adecuado ejercicio de la interpretación y argumentación jurídica. De lo contrario, la labor en la judicatura quedaría reducida a una faceta de autoridad formal y jerárquica.

1.2 La construcción de un modelo de Derechos Humanos en México

La noción misma de Garantías Individuales trajo consigo una concepción formalista y reduccionista de los derechos fundamentales que en bastantes ocasiones ha obstaculizado el progreso de la interpretación constitucional en nuestro país. Para muestra, basta observar la jurisprudencia generada en esta época: un concepto de interés jurídico estrecho y formalista¹¹⁸, la ausencia en la protección de derechos colectivos o difusos (ambientales, de consumidores, etc.), la concepción programática de los derechos sociales (con excepción de la materia

¹¹⁷ “Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (*La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 150.

¹¹⁸ INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Registro nº 233516, Pleno, [TA] Semanario Judicial de la Federación, 7ª Época, Pleno, S.J.F., Volumen 37, Primera Parte, Materia(s): Común, p. 25. En igual sentido: «Interés jurídico para la procedencia del amparo». Registro nº 233285, 7ª Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 52, Primera Parte, Común, p. 46.

laboral y agraria), la negación de la categoría de los derechos políticos como derechos fundamentales,¹¹⁹ entre otras cuestiones.

El Constitucionalismo mexicano ha estado influenciado por dos grandes modelos: el americano y el francés. Del modelo americano, tomó la idea de federalismo y la convirtió en una especie de federalismo débil, con tintes centralistas. La idea de soberanía popular, estuvo inspirada en el modelo francés, así como el carácter legicentrista del modelo de control jurisdiccional. Pero la idea de derechos humanos, ¿de dónde surge? Si bien es cierto que algunos caracteres, e incluso redacción de algunos artículos de las primeras Constituciones mexicanas, son tomados a su vez de los textos americanos y franceses, la idea o modelo de derechos también adquirió en sus inicios rasgos del modelo de las Cortes de Cádiz, cuya influencia a su vez, la obtuvo del iusnaturalismo teológico o tomista. Tiempo después del inicio de la independencia mexicana, surgieron distintos documentos relacionados con ideas de igualdad y libertad.

1.2.1 La concepción de Derechos Humanos conforme al modelo de tutela jurisdiccional durante el siglo XIX

Los antecedentes más importantes de las sucesivas declaraciones libertadoras de la Nueva España, se encuentran en el derecho indiano, el cual consistía en un conjunto de declaraciones comprendidas desde el siglo XV al XIX, dictadas por los monarcas para los territorios de América. Al respecto, destacan como principales documentos: las encomiendas, las mitas, las Leyes de Burgos (1512), las Leyes Nuevas (1542), la Recopilación de 1680, el Real Decreto de Felipe y sobre Supresión de las Encomiendas. Dicha documentación guarda un carácter netamente histórico, ya que su efectividad en las colonias era prácticamente nula,

¹¹⁹ DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA LEYES DE CONTENIDO POLÍTICO ELECTORAL, SI LA CONTROVERSIA VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE. Tesis Aislada 8a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; XIV, Octubre de 1994, p. 33.

dadas las grandes arbitrariedades que eran cometidas por los encomenderos, así como por las autoridades de la Nueva España.¹²⁰

Inclusive, existió todo un movimiento intelectual a favor de los derechos de los indios, dentro de la Escuela Española de Derecho Natural y de Gentes, formada principalmente por pensadores de Salamanca. Su aportación fue sin duda alguna, provechosa para el espíritu de su época, destacando la “aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del derecho natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo”¹²¹. Entre los personajes más destacados de esta corriente se encontraban Francisco Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez. El profesor Pérez Luño sintetiza las principales concepciones o características:¹²²

1. La idea de la naturaleza como creación divina y del derecho natural como expresión revelada de la voluntad del Creador en el ámbito de las relaciones sociales;
2. La naturaleza del cosmos, es decir, como las leyes que rigen el mundo físico del que forman parte los hombres, que se hallan sujetos a su legalidad a través de sus instintos y necesidades naturales;
3. La naturaleza como razón, como cualidad específica del ser humano que le permite establecer “autónomamente” sus normas básicas de convivencia.

Por otra parte, las deliberaciones y debates parlamentarios en las *Cortes de Cádiz* fueron prolongados y extensos, destacan entre otros, la participación del saltillense Miguel Ramos Arizpe y el regiomontano Fray Servando Teresa de Mier como representantes de nuestro país en aquéllas Cortes. El tema de “América” fue uno de los más encendidos, dada su enorme relevancia e importancia política. Se

¹²⁰ SEGURA ORTEGA, Manuel, “El derecho de las indias”, en AA.VV., *Historia de los Derechos Fundamentales Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII, Parte III: El derecho positivo de los derechos humanos, op. cit.*, pp. 713-744.

¹²¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, T. 2, *op. cit.*, 77.

¹²² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los clásicos iusnaturalistas españoles” en *Historia de los Derechos Fundamentales Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII, Parte II: La filosofía de los derechos humanos, op. cit.*, pp. 713-744.

discutió de igual manera, los temas de la influencia y el poder que ejercían la iglesia, la nobleza y la Corona en las Indias.

No existe un capítulo específico sobre Derechos Humanos, sino que éstos se encuentran diseminados a lo largo de la Constitución. Como eje rector de lo anterior se encuentra el artículo 4, que establecía lo siguiente: “La Nación está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. En este sentido, para algunos historiadores del derecho, aunque en la Constitución Gaditana no hayan estado establecido de manera expresa los derechos humanos, sino que se encontraran diseminados a lo largo de todo el texto fundamental, significó un gran avance y un enorme aporte para el posterior establecimiento de los mismos en los primeros textos constitucionales de la época, ya que logró consagrarlos como normas coercitivas¹²³.

En el Decreto Constitucional para Libertad de la América Mexicana de 1814 y el Congreso Federal Constituyente de 1824, podemos observar claramente un espíritu de liberalismo político, con la influencia de pensadores europeos en México como Montesquieu, Rosseau, Bentham, Constant, Vattel, Filangeri y el iusnaturalismo racionalista de influencia norteamericana¹²⁴. A esto, se suma el gran aporte del Constitucionalismo Español como lo fue la Constitución de Cádiz de 1812.

En el artículo cuatro de la Constitución de 1824 se estableció la obligación impuesta al Estado de respetar los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* y establecer leyes sabias y justas para protegerlos. Los principales derechos que garantizaba este precepto eran la libertad civil y la propiedad privada, principios fundamentales del movimiento filosófico-político del liberalismo, a su vez,

¹²³ RABASA, Emilio O., *El pensamiento político constituyente de 1824*, IIJ, Universidad Autónoma de México, México, 1986, p. 85.

¹²⁴ FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjerías en el primer liberalismo mexicano*, IIJ, UNAM, México, 1996, p. 20.

establecía las demás prerrogativas individuales dispersas en el texto constitucional.

Asimismo, dicho texto constitucional tuvo gran influencia de los modelos americano y francés. Del primero, destaca la idea de una República, mientras que del modelo francés, la idea de soberanía popular. De ambos modelos, la idea de separación de poderes. Debemos advertir al lector que en dicha Constitución no se consagra una Declaración de Derechos; sin embargo, se advierte a lo largo del texto fundamental, distintos derechos humanos. Desde la perspectiva de algunos investigadores, esta Constitución “ostenta características de un liberalismo arrollador, liberalismo impulsado por fuerzas político-económicas, ajenas a nuestra tradición, inaplicables dentro de nuestra situación y desarrollo político-económico, y también muy secularizantes”.¹²⁵

En el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 25 de Agosto de 1842, en el artículo 7, se establecen por primera vez los derechos naturales de libertad, seguridad y propiedad contenidos en la Constitución¹²⁶. A su vez, dentro del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, en el artículo 4 se cambió la denominación de Derechos naturales a Derechos del Hombre. En ese mismo año, dentro del Segundo Proyecto de Constitución, se estableció en el artículo 13 el reconocimiento de los derechos naturales y el otorgamiento de garantías. De esta manera “nuestro derecho político vino a consignar el olvidado principio de los derechos del hombre que no habían sabido desarrollar nuestros legisladores federalistas de 1824, y lo que es más, ni los centralistas de 1836, [...] Las constituciones anteriores se habían limitado a establecer la obligación de proteger los derechos del hombre, sin llegar a la enseñanza explícita de su preexistencia respecto de toda ley positiva; y solo la

¹²⁵ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, “La Constitución de 1824” en *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano, A 180 años de la Constitución de 1824*, en VALADES, Diego y BARCELÓ ROJAS, Daniel A. (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, pp. 6-7.

¹²⁶ Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. I, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, p. 16.

acta de reformas vino a apuntar que esos derechos no eran la creación jurídica de la constitución, sino una realidad anterior a ella, sin que le debieran otra cosa que el reconocimiento autorizado de su existencia”¹²⁷.

El Acta Constitutiva y de Reformas fue sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente el 18 de Mayo de 1847. Uno de los principales aportes de este documento histórico-constitucional, fue la consagración e incorporación de una Declaración de Derechos Humanos propia, a partir del famoso voto particular del ilustre jurista jalisciense Mariano Otero. En este voto destaca también la propuesta de conservación del sistema federal, el establecimiento de los principios liberales y filosóficos, con influencia en las Constituciones americana, francesa e inglesa. En la parte que nos interesa, se encuentra la relevancia del establecimiento de garantías efectivas a los derechos humanos.

En las más de las Constituciones conocidas, no solo se fijan los principios relativos a la organización de los poderes públicos, sino que se establecen las bases de las garantías individuales [...] nuestra Constitución Federal declaró que la Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del ciudadano [...] ¿Cómo hacer efectivos los principios de libertad? [...] La Constitución actual debe establecer las garantías individuales, y sobre las bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquier parte del territorio de la República, sin distinción de nacionales y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra. Dominado por este pensamiento, propongo que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, pero general y de un carácter muy elevado, el detallarlos.¹²⁸

El Acta de Reformas de 1847 es donde se plasma por vez primera en un texto de carácter constitucional las “garantías individuales”, a pesar de esto,

¹²⁷ MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Porrúa, México, (1ª Ed. 1873), 1979, pp. 22-23.

¹²⁸ Voto particular de Mariano Otero, 5 de abril de 1847, *La Suprema Corte de Justicia sus leyes y sus hombres*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1985, pp. 128-130.

existen antecedentes en el Proyecto de Constitución Federal por Fernando Ramírez de incluir este concepto, así como el Proyecto de Constitución Yucateca de 1841, por el ilustre jurista Manuel Crescencio Rejón. Éste último inspirado en la idea de encontrar instrumentos judiciales efectivos para los derechos humanos, diferencia que a su vez, había sido considerada por primera vez por el jurista francés Daunou en 1819.¹²⁹

Según la opinión de especialistas, el Constituyente de 1856-1857 ha sido el más ilustrado de nuestra historia política. Incluso, ha estado por encima del Congreso de 1824, “que había contado con el acervo cultural de, entre otros, Miguel Ramos Arizpe y Servando Teresa de Mier. Los dos – 1824 y 1857 – excedieron al constituyente norteamericano de Filadelfia, cuya única “gloria” intelectual había sido Benjamin Franklin”¹³⁰.

Los principios sobre las garantías jurídicas para hacer válidos los Derechos Humanos venían a rectificar el criterio tomado en 1847. En cuanto al concepto de Derechos del Hombre, provino del iusnaturalismo, derivó de la Constitución Norteamericana y su Bill of Rights, así como de la Constitución de Cádiz y la predecesora Constitución de 1824. Desde nuestra perspectiva, ninguna Constitución, incluso la vigente de 1917, ha tenido tanta claridad en su redacción, (desde el punto de vista político-jurídico) en lo concerniente al establecimiento de derechos y la consagración de las garantías para hacerlos efectivos. Tal situación se desprende a primera vista del artículo 1º de aquél texto fundamental.

El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

¹²⁹ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos (Orígenes del control jurisdiccional)*, Porrúa, México, 2009, pp. 167-168.

¹³⁰ RABASA, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000. p. 67.

Conforme con esto, el Constituyente de aquella época no equiparó el término de “Garantías” con el de “Derechos del Hombre”, sino que la intención clara y manifiesta era que, a través de el reconocimiento de los derechos del hombre por parte del Estado (visión iusnaturalista), los cuáles eran piedra angular del naciente Estado Constitucional (visión iuspositivista), se crearan garantías para hacerlos efectivos. En cierto sentido, dicha declaración inicial conjuga de manera armónica la positivación de los derechos humanos. Asimismo, establece un programa político definido, además de un consenso parlamentario unánime, sustentado en la visión de los derechos como límites al poder político, al declararlos como la base y objeto de las instituciones sociales.

Por su parte, el profesor Emilio O. Rabasa ha realizado un análisis en torno a la influencia que ejercieron los pensadores ilustrados de esa época en el constituyente de 1857. Entre un conjunto de pensadores, destaca la presencia de las ideas de Thomas Jefferson, Tocqueville, Benjamin Constant¹³¹. Mención especial merecen los juristas Mariano Otero y Manuel Crescencio Rejón, quienes a través de la creación y diseño del juicio de amparo, constituyeron uno de los principales medios de defensa reconocidos posteriormente a nivel mundial.

El control constitucional y la protección de los derechos humanos en México, inicia con la creación del juicio de amparo, a través de la Constitución Yucateca de 1842, y su máximo exponente, Manuel Crescencio Rejón y Alcalá. Además del hecho de que fue en este mismo Estado donde se origina la primera Declaración de Derechos desde el punto de vista constitucional, en contraposición a la propia Constitución Federal de 1824 que no contaba con una Declaración de Derechos, siendo hasta el texto de 1857, donde por primera vez aparecen plasmados de manera expresa.¹³²

¹³¹ RABASA, Emilio O., *Historia de las Constituciones mexicanas*, op. cit., 63-64.

¹³² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos (Orígenes del control jurisdiccional)*, Porrúa, México, 2009, p. 168.

Cabe advertir que las características fundamentales del juicio de amparo en México por medio de Manuel Crescencio Rejón, tuvieron gran influencia de los teóricos americanos como Tocqueville, cuando se refirió precisamente a la labor del Poder Judicial y los efectos de la revisión judicial de los actos de autoridad a través del juicio de amparo, especialmente al efecto de las sentencias judiciales (fórmula Otero o principio de relatividad de las sentencias del juicio de amparo).

“... según el proyecto, se da al poder judicial el derecho de censurar la legislación, también se le obliga a ejercerlo de una manera obscura y en casos particulares... Sus sentencias pues, como dice muy bien Tocqueville, no tendrían por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley solo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos la ley así censurada no quedará destruida. Se disminuirá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Solo perecerá por fin poco a poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender que, encargando al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazarán el proceso hecho a éstas con el que se siga a un hombre, y habrá de consiguiente seguridad de que la legislación no sufra el más leve detrimento, cuando no se le deje expuesta por este sistema a las agresiones diarias de los partidos. En fin multiplicándose por el medio referido los fallos contra las leyes inconstitucionales, se harán estas ineficaces, teniendo las cámaras por lo mismo que derogarlas, y sacándose de consiguiente la ventaja de conservar al código fundamental intacto, por un antemural el más fuerte que se ha levantado contra la tiranía de las asambleas legislativas.”¹³³

Esta influencia de los teóricos americanos para el control judicial de las leyes en aquel Estado, tuvo una enorme repercusión en la forma en que se desarrolló y tuvo su consolidación el juicio de amparo en materia federal durante siglos posteriores. Sin embargo, esto distó por ejemplo, de la revisión judicial efectiva de los actos de la autoridad y de las leyes del parlamento por el Poder

¹³³ Proyecto de Constitución presentado a la Legislatura de Yucatán por su Comisión de Reformas para la Administración inferior del Estado, Imprenta de Lorenzo Seguí, Mérida, Yucatán, 1841, p. 21 y ss.

Judicial, a través de un modelo de control difuso, inspirado por las ideas de Hamilton y Madison difundidas en *El Federalista* durante el siglo XVIII.

En esta obra, el planteamiento de los autores estuvo enfocado a la declaración de nulidad por parte del poder judicial de los actos de la legislatura que fueran considerados inconstitucionales.¹³⁴ Uno de los principales antecedentes de la interpretación constitucional lo constituye la sentencia *Marbury vs Madison*.¹³⁵ Esta famosa resolución consistió en el poder que tenían los jueces para interpretar las leyes, incluso, el poder de estos para nulificar las leyes hechas por el legislador cuando éstas fueran inconsistentes con la interpretación que hace la Corte de la Constitución;¹³⁶ por último, contaban con el poder de anular las leyes dictadas por el Parlamento cuando fueran contraías al texto constitucional¹³⁷. Este precedente judicial sentó las bases para el *judicial review* americano. La resolución *Marbury vs Madison* muestra la paradoja entre *sistema democrático y control judicial*, debido a que los actos y leyes provenientes del Parlamento y del poder ejecutivo, que fueran contrarias al texto constitucional, conforme a la interpretación de la Corte Constitucional, serían declaradas inconstitucionales.

¹³⁴ Dicha exposición se encuentra principalmente en el número LXXVIII, HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist*, (Edited with an introduction Reader's Guide, Constitutional Cross-reference, Index and Glosary), Ed. Gideon, Indianápolis, 2001, pp. 330-354.

¹³⁵ El ilustre maestro Héctor Fix-Zamudio refiere que "la trascendencia de la interpretación jurídica en la transformación de las funciones de los jueces y tribunales, y particularmente la de carácter constitucional, fue señalada primeramente por los juristas americanos y posteriormente por la doctrina europea continental y tardíamente recepcionada por los países latinoamericanos". FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional" en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, *op. cit.*, p. 2762. La sentencia *Marbury vs Madison* fue el principal antecedente del modelo difuso de la constitución norteamericana. Vid. ETO CRUZ Gerardo, "John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*", en MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, T. I, Tomo I, Porrúa, México, 2002, pp. 21-63.

¹³⁶ TRIBE H., Laurence, *American Constitutional Law*, 2nd. The Foundation Press Inn, Inc., Mineola, New York, 1988, p. 23.

¹³⁷ Vid. VALDÉS SÁNCHEZ, Clemente, "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos" en CIENFUEGOS SALGADO, David (coord.), *Marbury contra Madison (Una decisión histórica para la justicia constitucional)*, El Colegio de Guerrero, Editora Laguna, México, 2005, pp. 130-131.

A pesar de esta influencia “historicista e individualista”, de acuerdo a la clasificación propuesta por Maurizio Fioravanti, la influencia del paradigma “estatalista” fue dibujando mejor la concepción de los derechos en el Estado mexicano y su sistema judicial. Esto, debido a la tradición de nuestro país en torno a un centralismo y el ejercicio del poder político de manera vertical desde el periodo de la Colonia hasta mediados del siglo XIX, y la creación de esta figura de juicio de amparo. Al respecto, explica ESTRADA MICHEL.¹³⁸

“El amparo tiene, como antecedentes extranjeros, una mayor influencia del Habeas Corpus y del Judicial Review, que de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su mayor influjo anglosajón no lo convierte, sin embargo, en una figura individualista o ajena por completo al estatismo [...] no es un juicio propio de una fundamentación exclusivamente individualista de derechos humanos, que proviene de figuras propias del precoz estatismo indiano: los recursos de fuerza, el amparo de indios, las apelaciones ante la Real Audiencia, lo que Andrés Lira ha llamado “el amparo colonial”, y el juicio sumarísimo de amparo creado por Auto acordado de la Audiencia en 1744 [...]”

Dicho lo anterior, la influencia estatalista en el control constitucional de las leyes fue significativa, a tal grado de permear y convertir la revisión judicial en simple legalidad, a raíz de la interpretación de los artículos 14 y 16 de la Constitución, para dar entrada al amparo casación o legalidad de los actos de autoridad. Aunado a las directivas que el propio Poder Judicial ha delineado como métodos de interpretación, a partir de la interpretación del propio artículo 72, inciso f), de la Carta Magna que establece la interpretación auténtica del legislador. Nos ocuparemos de la influencia de los modelos estatalista e individualista en los siguientes apartados, explicando la concepción de un modelo de Derechos y Garantías Individuales en el constitucionalismo mexicano.

¹³⁸ ESTRADA MICHEL, Rafael, “Los avatares del primer constitucionalismo mexicano: la obsesión estatalista como dique a la garantía de los derechos humanos”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, p. 398.

1.2.2 La incorporación de un pretendido modelo Garantista de Derechos en la Constitución Mexicana de 1917

El modelo agotado de Garantías Individuales recién reformado por el Constituyente permanente está relacionado íntimamente con la fundamentación que tuvo la Constitución de 1917, la cual a partir de un liberalismo integral, pudo contener los poderosos embates de las principales fuerzas económicas y políticas de aquella época. No obstante, el hiperpresidencialismo y la falta notable de una verdadera separación y autonomía de poderes, ocasionaron que la interpretación de cada uno de los principales postulados rectores de aquella Carta Fundamental estuviera ausente en la nación mexicana.

En el párrafo tercero del Mensaje y Proyecto de la Constitución presentada por Venustiano Carranza el 1º de Diciembre de 1916¹³⁹, podemos ver que la principal justificación otorgada por el Coahuilense para retirar el término de *Derechos del Hombre* por el de *Garantías Individuales*, fue la falta de efectividad de los principios proclamados por la Constitución de 1857. Con esta razón, se acusaba a los Constituyentes de ese entonces de no haber otorgado las garantías debidas ni leyes secundarias que castigaran las infracciones a los Derechos proclamados por la Constitución.¹⁴⁰

De esta manera, la influencia del pensamiento liberal del siglo XIX fue trasplantada a la tesis defendida por Venustiano Carranza, pero con una diferencia, que constituye el objeto de análisis del presente artículo: la Constitución de 1857 abrió y comenzó el Título I con la designación “De los derechos del hombre” en tanto que el Título I de la Constitución de 1917 lo llamó “De las Garantías individuales” ¿Simple cambio semántico?¹⁴¹ Realizando un

¹³⁹ Mensaje de Venustiano Carranza al Congreso Constituyente en la entrega de su proyecto de Constitución, *Revista Mexicana de Derecho Penal*, Órgano oficial de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorio Federales, núm. 13, 3ª época, Publicación bimestral, enero- febrero de 1967.

¹⁴⁰ Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, op. cit., pp. 23-25.

¹⁴¹ RABASA, Emilio O., *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, UNAM, 1996, MÉXICO, p. 87.

examen retrospectivo al respecto, nos queda claro que la Constitución de 1857, aceptó las libertades humanas, ya sea que fueren inherentes a la persona humana o por disposición legal (conflicto entre iusnaturalistas y positivistas). El constituyente de 1917 estableció que era preciso señalar al “garante” de las libertades, o sea, el Estado.¹⁴²

En el Diario de Debates del Constituyente de 1917 puede leerse la opinión del diputado Martínez de Escobar fue importante, ya que distinguió los elementos de las Leyes Fundamentales como el reconocimiento de derechos, limitaciones del poder público y organización de los mismos. A su vez, diferenció las garantías individuales de las garantías sociales.¹⁴³ Además, llevó a cabo una crítica bastante aguda a nuestro sistema jurídico, que justificó el espíritu pragmático de la Constitución de 1917:

La redacción del 57 es acariciadora, arrulla los oídos como música del cielo, embriaga las multitudes [...] pero debemos despojar nosotros esos artículos de esa retórica, de ese estilo platónico, de ese lenguaje galano que es más bien romántico; es lo que hemos heredado de la Constitución Francesa [...] pero el artículo, en sí, contiene lo que debe contener, responde de manera intensa a los anhelos del pueblo: las garantías individuales, porque son la base de nuestras instituciones.¹⁴⁴

Venustiano Carranza acusaba a sus antecesores constituyentes de haber sido omisos en dotar de suficientes garantías a los derechos humanos para que estos tuvieran la efectividad debida. Incluso, en su mensaje al Congreso Constituyente de 1916, el coahuilense destaca la alusión a los cacicazgos locales y la enorme relevancia del juicio de amparo a nivel federal para restar dicho poder. Sin embargo, considero que el Barón de las Cuatro Ciénegas así como los

¹⁴² Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, *op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁴³ Véase la participación del diputado Rafael Martínez, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, *op. cit.*, pp. 23-25.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 66.

parlamentarios de aquella época que denunciaban las “declaraciones poéticas” de la Constitución de 1857, estaban equivocados.

La Constitución del '57 fue muy clara al establecer en su primer artículo, la distinción entre los derechos y sus garantías al establecer que los derechos humanos eran reconocidos por el Estado, al ser la base y el objeto de las instituciones sociales. De igual forma, sostiene las garantías que otorgaría el texto fundamental para hacerlas efectivas. Por tanto, el Constituyente del '17 incurrió en un grave error no solo semántico, sino ideológico, al establecer que las garantías individuales eran los mismos derechos humanos que pretendía tutelar. Es decir, convirtió el problema de efectividad de los derechos humanos en una cuestión sustancial que posteriormente fue acogida por la débil interpretación que realizaba constantemente nuestra Suprema Corte sobre las Garantías Individuales, sujeta a los vaivenes políticos de cada periodo presidencial.

Creo que el principal equívoco tanto de Carranza como de los Constituyentes al elaborar el texto que actualmente nos rige, consistió en no indagar las verdaderas causas por las cuales los derechos humanos no tenían eficacia en el Estado mexicano, así como la falta de cuidado al defender al juicio de amparo como un mero instrumento tutelar en contra de los caciques locales. La solución fue un centralismo judicial, en lugar de un federalismo judicial; un conservadurismo judicial, en lugar de un activismo en la interpretación constitucional. En definitiva, un rechazo a la judicatura como defensora de los derechos fundamentales, lo cual parece paradójico, si lo que se pretendía era lograr la efectividad de los mismos.

Por su parte, el concepto de derechos del hombre tiene una carga ideológica bastante controvertida, ejemplo de ello es el criterio adoptado por las Constituciones de 1824 y 1857, cuyo eje rector fue el iusnaturalismo racional proveniente de las ideas del liberalismo político que tuvo como valores jurídicos fundamentales la vida, la igualdad, la libertad y la propiedad. Dicha carga

axiológica influyó en los congresistas, manifestando su apego por el derecho natural racional y el reconocimiento del Estado de estos derechos que eran considerados, innatos e inherentes al individuo.

Mientras que algunos tratadistas consideran que este artículo asienta la tesis positivista respecto a los derechos humanos, me adhiero a la tesis que el Constituyente no modificó en la redacción de la nueva Constitución el espíritu de la Constitución de 1857, específicamente el título primero de este Capítulo “De los derechos humanos” y el título primero de la Constitución Vigente refiere “De las Garantías Individuales”. Al respecto, señalan los destacados juristas MIGUEL CARBONELL y JORGE CARPIZO, que la Tesis fundamental en estas Cartas Constitucionales fue la siguiente:

El hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos fundamentales que no pueden ser restringidos o suspendidos a menos que concurra alguna circunstancia de las expresamente previstas por la propia Constitución; es decir los derechos no pueden ser afectados por ninguna ley o acto de rango subconstitucional¹⁴⁵.

Continuando con la postura de los autores referidos respecto a la tesis de los Derechos Humanos de las Constituciones anteriores y la denominación garantías Individuales de la Constitución Vigente podemos reseñar que: “No existe ningún cambio de tesis, es la misma, con solo una diferencia, nuestra actual constitución ya no expresó la fuente de las garantías que otorga, sino que omitió este aspecto. Pero es indudable que la fuente de nuestras garantías individuales es la idea de los Derechos del Hombre. Basta observar la similitud que existe en los contenidos de las declaraciones”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ CARPIZO, Jorge y Carbonell, Miguel, “Garantías Individuales” en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 263.

¹⁴⁶ *Ídem*.

El fortalecimiento de esta tesis, encuentra eco en los debates del Constituyente de 1917, los congresistas de esa época, aceptaron la existencia de los derechos humanos y derechos naturales, entre las participaciones destacan la del diputado Rafael Martínez, Martínez de Escobar y la del General Francisco J. Múgica. En la discusión sobre el artículo de la enseñanza, v. g. en cuatro ocasiones se hace referencia a los derechos del hombre y en quince, a las Garantías Individuales, mientras los derechos humanos son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son individualmente y concretas.¹⁴⁷

La cuestión más importante de todas radica en identificar las causas por las cuales el modelo de las garantías individuales se encuentra agotado. La línea de interpretación constitucional sobre la concepción de las Garantías Individuales ha mutado constantemente, en algunas ocasiones se refiere a los derechos como garantías, en otras ocasiones hace la distinción entre los derechos fundamentales. En la quinta época por ejemplo, la Corte equiparó a las garantías individuales a los derechos humanos¹⁴⁸. De igual manera, en 1997, a través de una tesis verdaderamente redundante y confusa, nuestro máximo Tribunal estableció que las garantías individuales eran derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República y el otorgamiento a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo.¹⁴⁹

Al respecto, es necesario remitirnos al papel que desempeña nuestra Suprema Corte como Tribunal Constitucional y la concepción que tiene sobre el derecho positivo. Sobre este punto, influyen un sinnúmero de circunstancias, tales como la formación de los profesionales del derecho en nuestro país. Es decir, la comprensión del derecho aún sigue conservando la concepción formalista de

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, quinta época, Tomo IX, pp. 3630-3631.

¹⁴⁹ Tesis P. / J.2 /97, Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, p. 5.

entender al sistema jurídico como un conjunto coherente, ausente de antinomias. Jaime Cárdenas Gracia, se ha referido al problema del atraso que tiene nuestro sistema jurídico en base a diez tesis: nuestra concepción reducida del derecho positivo y la negación de la concepción argumentativa del mismo, el positivismo excesivo (donde predomina la subsunción en lugar de los procedimientos de ponderación), la negación de este contexto, el indebido monopolio de la interpretación constitucional por la SCJN, el desconocimiento del modelo jurídico de nuestro tiempo, la consideración de que la Constitución es un proyecto único (de una élite o grupo social vencedor, en lugar del consenso democrático), considerar que la SCJN es un Tribunal Constitucional, entre otras.¹⁵⁰

Para la teoría constitucional del siglo XX, que estuvo presente y sigue estando en la mayor parte de las aulas universitarias, predomina la siguiente concepción de las garantías individuales y los derechos fundamentales.

*... las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos [...] gobernados, por un lado y Estado y autoridades por el otro.*¹⁵¹

El Constituyente de 1917 criticaba la enunciación romántica de los preceptos sobre derechos humanos de los legisladores de 1857, nosotros consideramos que otorgaron una solución semántica al problema que ellos enunciaban, básicamente la protección de los derechos humanos, ya que solamente cambiaron la denominación de “derechos humanos” por la de “garantías individuales”, y durante la mayor parte del siglo XX nuestra Suprema

¹⁵⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en TORRES ESTRADA, Pedro, (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, EGAP-ITESM, Limusa, México, 2006, pp. 41-65.

¹⁵¹ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 2004, p. 187.

Corte estuvo subyugada bajo el predominio del partido oficial, lo que no permitió que ésta desarrollara su labor interpretativa y defensora de la Constitución.

A lo anterior, se suma un problema que raya en la frontera entre lo procesal y lo sustantivo, el cual tiene que ver con la interpretación del principio de legalidad en los juicios de amparo. Es decir, la Suprema Corte de Justicia ha reconocido que su papel de defensor de la Constitución a través del conocimiento de asuntos que llegan a ella, pero también a través de la delegación de asuntos a los Tribunales Colegiados, que en muchas ocasiones, se limitan a conocer cuestiones de mera legalidad.

Una de las principales críticas que han sido lanzadas hacia el juicio de amparo directo o casación es la confusión y ambigüedad que ocasiona a partir de la defectuosa interpretación de los artículos 14 y 16 constitucionales, y confundir de esta forma la legalidad con la constitucionalidad, dando entrada a la revisión de la mayor parte de los actos de las autoridades inferiores por cuestiones meramente procedimentales o de mínimas formalidades. En palabras del maestro Fix-Zamudio esta compleja problemática del federalismo judicial mexicano consistía o sigue consistiendo en la confusión entre las cuestiones de mera legalidad y las de constitucionalidad:¹⁵²

¹⁵² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia Constitucional y control de legalidad en México” en CARBONELL Miguel y VALADÉS, Diego, *El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados)*, T. I, UNAM, IJ, México, 2006, p. 252. Bajo este mismo hilo conductor, no encontramos, desde la perspectiva de los juristas consultados, otro país de desarrollo social y económico similar al nuestro que confunda la legalidad con la constitucionalidad y su tramitación a través del amparo casación o en contra de sentencias definitivas. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FIX-ZAMUDIO, Héctor, (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM-IJ-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006; GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2007; V. CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 2006.

Una de las problemáticas más agudas que enfrenta el federalismo judicial mexicano ha sido la transformación de asuntos de mera legalidad en cuestiones constitucionales, durante la mayor parte del siglo XX hasta las reformas de los años 1988 y 1994. Esto fue derivado de la interpretación jurisprudencial realizada al artículo 14 constitucional. En dicha Constitución federal de 1857, por lo que respecta a la organización y funciones del Poder Judicial federal y de los estados, se establecieron dos instituciones básicas: a) el principio de doble jurisdicción, y b) el juicio de amparo para proteger los derechos humanos básicos (garantías individuales) contra leyes o actos de cualquier autoridad (artículos 101 y 102), cuyo conocimiento atribuyó a los tribunales federales. Sin embargo, la combinación de estas dos instituciones produjo cambios que no estaban previstos en el Constituyente, por medio de la jurisprudencia de la Suprema Corte, la que aceptó una interpretación indebida del artículo 14 de dicha Constitución [...] y como dicho precepto se situaba en el capítulo relativo a las citadas garantías individuales, su infracción debía considerarse como una violación constitucional cuando no se realizaba la aplicación exacta (rigurosa) de las leyes secundarias (control de legalidad), y con ello se inició la confusión entre la legalidad y la constitucionalidad, que si bien fue objeto de separación en las reformas de 1988 y 1995, toda vía no desaparece por completo.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia se convirtió en un Tribunal de Casación y cedió su papel de auténtico Tribunal Constitucional. Se tiene la idea (errónea) que los valores fundamentales, provenientes del liberalismo político que la Constitución de 1917 consagró están siendo protegidos a través del juicio de amparo por el poder judicial federal (que incluso, es uno de los pocos “Tribunales Constitucionales” en el mundo que resuelve más asuntos anualmente). Sin embargo, dicha protección resulta ser un espejismo formalista, lleno de ambigüedades y trampas tecnicistas, que coartan la consagración de un auténtico federalismo judicial en nuestro país.

Es decir, el Poder Judicial Federal resuelve más amparos relacionados con las cuestiones de legalidad que por cuestiones de verdadera constitucionalidad. Este es un tema procesal más complejo, pues guarda absoluta relación con el juicio de amparo como instrumento para tutelar por antonomasia a las Garantías Individuales. Me refiero a que no se trata de una simple crítica en contra del concepto en sí, ya que la reforma constitucional que modificó el apartado de Garantías por el derechos humanos y el de la nueva Ley de Amparo en 2011 y 2013 respectivamente, agotaría el debate, sino de las consecuencias hermenéuticas que trae consigo la interpretación reduccionista y formalista de figuras jurídicas como interés jurídico, derecho subjetivo, es decir, a todo un conjunto de dogmática constitucional que en muchas ocasiones reduce significativamente la protección de los propios derechos.

En definitiva, es necesario abandonar el modelo de Garantías Individuales que trae consigo un concepto reduccionista de derechos fundamentales y sus instituciones. Para esto, es necesario que los operadores jurídicos, principalmente los intérpretes constitucionales, abandonen la concepción del derecho como un mero conjunto de normas impero-atributivas, heterónomas, rígidas, y transiten hacia un modelo más flexible de derechos, tendiente a concebir a los derechos fundamentales como principios, directrices o mandatos de optimización, que serán adecuados a cada situación en particular que sea sometida ante el juez constitucional. Los nuevos métodos de solución a la colisión o choque entre dos principios constitucionales que son empleados por la mayor parte de los Tribunales Constitucionales de prestigio internacional, son a partir de la ponderación y el principio de proporcionalidad, basados en la hermenéutica y teoría de la argumentación, acompañada por una teoría axiológica de los derechos fundamentales.

1.2.3 Los alcances de la reforma constitucional de 2011

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos aprobada el 8 de marzo de 2011 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del mismo año, marcó un hito importante en la consagración y reivindicación de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Esta reforma, es quizá una de las más ambiciosas desde la misma Constitución de 1917 y anteriores. En ésta se contempla poner al día a la CPEUM en materia de principios interpretativos de los derechos humanos. Lo cual implicará, sin duda alguna, un reto bastante significativo para todos los jueces, e incluso cualquier autoridad (jurisdiccional).

No cabe duda que hoy en día, la interpretación de los Derechos Fundamentales es una labor imprescindible del quehacer judicial. Y como antes hemos visto, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, será obligatorio para todas las autoridades (administrativas y judiciales) que interpreten normas relacionadas con los derechos, se encuentran obligadas a sujetar su aplicación, conforme a los cánones de la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos. El principio de eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, lo consagra de manera expresa la Constitución Española y la Ley Fundamental de Bonn, en los numerales 53.1 y 9.1, respectivamente. Y éste significa, que los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, además de ser origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.¹⁵³

Por ende, la labor judicial se vuelve más compleja y dinámica. Requiere de una retroalimentación constante, ya que las relaciones tradicionales entre

¹⁵³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco Fernández, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13. Núm. 39., Madrid, Septiembre-Diciembre 1993, p. 272.

autoridad y gobernado cambian. Ejemplo de este cambio de paradigma lo constituye la vigencia que tienen los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, sufriendo por consiguiente una mutación constitucional (transformación), en aras de dinamizar el concepto y permitir una protección más amplia de los mismos, situación que ha reconocido el máximo Tribunal del país en el siguiente criterio jurisprudencial.

La formulación clásica de los Derechos Fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de Derechos Fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los Derechos Fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del *examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico*. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico... gozan de una *doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva)*. En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los *Derechos Fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento*. En esta lógica, la doble función que los Derechos Fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las

relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una *colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete*. Así, la *tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los Derechos Fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad*.¹⁵⁴

Nos encontramos ante un nuevo paradigma de derechos humanos, en un contexto de concepción material de Constitución, la cual tiene eficacia y aplicación inmediata dentro del ordenamiento jurídico. El antiguo y caduco paradigma legalista, que pretendía soslayar el aspecto constitucional de las cuestiones legales (aplicación estricta de la ley) debe ser superado, en aras de permitir una protección más efectiva de los Derechos Fundamentales, y éstos no queden en papel mojado, sino que existan los instrumentos para volverlos efectivos, mediante una adecuada y pertinente técnica de la interpretación y argumentación judicial.

¹⁵⁴ DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Registro No. 159 936; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 798. 1a./J. 15/2012 (9a.). *Las cursivas son nuestras*.

1.2.3.1 La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano

La soberanía ha dejado de ser entendida como no estar sometido a una instancia superior, por una simple coordinación a un sistema, desde la óptica de las relaciones transversales. En el derecho internacional público moderno, “existe una tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia. De acuerdo con esto, “las obligaciones del derecho internacional o contraídas en los tratados no tocan tangencialmente la independencia, en la medida que no afectan la organización interna del Estado.”¹⁵⁵ Acorde con lo anterior, uno de los compromisos fundamentales que asume el Estado con la comunidad internacional, es el respeto y cumplimiento con los Derechos Humanos ¿estará en sintonía con esto la intención del legislador mexicano al momento de agregar esta cláusula? Dentro de la fundamentación de la Iniciativa aparece una clara intención del legislador: adoptar un sistema con mejores garantías en la protección de derechos humanos.¹⁵⁶

La modificación que se propone al artículo 1º obedece a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de cualquier tratado internacional del que México sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos.

...

Por ende, estas Comisiones Unidas en un ejercicio de preponderancia de derechos, consideran que en nuestra Constitución General deben prevalecer aquellas disposiciones que protegen los derechos humanos de las personas en nuestro país, por lo que incorporar en el presente ordenamiento la aplicación de instrumentos internacionales que otorguen mayor y mejor protección a los derechos humanos nunca serán excesivos.

¹⁵⁵ M. HERDEGEN, *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 217-218.

¹⁵⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3162-IV, miércoles 15 de diciembre de 2010. Cámara de Diputados.

En tal sentido, el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos ocurre en la CPEUM desde el principio, y existen criterios interpretativos para los mismos (principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad).¹⁵⁷ La cláusula de apertura del derecho internacional de los derechos humanos en el Estado Constitucional mexicano no actúa aisladamente, requiere de su puesta en marcha por el operador jurídico de la norma en cuestión. Es decir, actúa bajo ciertos supuestos de concreción y de asignación de significado a los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios sustantivos de la jurisprudencia interna como internacional, con el fin de evitar un posible vaciamiento al contenido esencial de los mismos. De esta manera, forman parte del derecho interno de los derechos humanos no sólo los contemplados por la CPEUM, sino también los Tratados Internacionales que el Estado mexicano ha ratificado, el cual oscila alrededor de 181 relativos a derechos humanos; de los cuales, 21 son regionales y 160 multilaterales; 73 vinculantes y 108 no vinculantes. Debido a este motivo, la labor de interpretación y argumentación jurídica se vuelve cada vez más compleja y difícil, ya que los jueces deben encontrarse preparados para resolver cualquier controversia que se suscite tomando en cuenta a los mismos.

El derecho internacional de los derechos humanos ofrece una posibilidad hermenéutica más al derecho interno. Esto no implica que el derecho internacional se encuentre por encima, que sea más importante, o que ofrezca, *prima facie*, mayores posibilidades de amplitud a la norma de derecho fundamental (recordemos que el derecho internacional es principialista y de casos paradigmáticos), simplemente, lo que hacen las Constituciones con este tipo de cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, es la

¹⁵⁷ Es importante referir, que las Constituciones de las Entidades Federativas de Sinaloa y Tlaxcala, habían consagrado previamente la recepción de los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales, así como los criterios interpretativos de integración de Derechos Humanos locales e internacionales. El Estado de Sinaloa, ya contemplaba la interpretación conforme, la convencionalidad y el principio pro homine (Vid. Art. 4.bis-C). Reforma hecha el 26 de Mayo de 2008. Diario Oficial de Sinaloa. Algo parecido hacía el Estado de Tlaxcala, en su artículo 16, de la citada Constitución local. Reforma de 1 de agosto de 2008. Periódico Oficial del Estado.

adopción de dichos criterios para adecuarlos a las realidades específicas de cada Estado, con el objeto de aterrizar los principios interpretativos que dichos organismos internacionales han consagrado en su jurisprudencia de derechos humanos, pues quien mejor que la jurisdicción interna de cada Estado para llevar a cabo esta tarea.

1.2.3.2 La incorporación de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana

Existen en el sistema jurídico internacional ciertos principios básicos para la interpretación y argumentación cuando se trata de derechos fundamentales.¹⁵⁸ El primer principio se denomina *pro homine*, éste cuenta con dos variantes: el principio de preferencia interpretativa y el principio de preferencia de normas. El primero de ellos hace referencia a la preferencia del intérprete por el derecho que más optimice (como diría la doctrina alemana) el derecho fundamental 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 el 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 del inciso b), del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: CADH). De igual forma, respecto a este principio, se desprenden otros más, entre los que se encuentran: el *In dubio pro operario* (relativo a los derechos laborales), *in dubio pro reo* (libertad individual) y el *in dubio pro actione* (tutela judicial efectiva).

El principio de posición preferente de los derechos fundamentales, también conocido como *preferred freedoms*, se refiere cuando los derechos entran en colisión. Como podemos observar, este principio tiene íntima relación con el juicio

¹⁵⁸ E. CARPIO MARCOS, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 41 y ss.

de ponderación, ya que en esta forma de razonamiento se extrae el contenido esencial del derecho fundamental y se establece una jerarquía de principios para resolver el caso en particular. Dicho lo anterior, el precepto de la CPEUM implica que la interpretación de las normas jurídicas será “conforme” a la Constitución y a los Derechos Fundamentales consagrados en los Tratados Internacionales. Lo mismo sucede con los parlamentarios de España, quienes tuvieron como propósito conjugar el derecho internacional y europeo de los derechos humanos,¹⁵⁹ ya que en ambas redacciones se advierte: “se interpretarán de conformidad” ¿qué quiere decir esto?

La cláusula contenida en el artículo primero de la Constitución federal y la inclusión del principio pro homine e interpretación conforme (párrafo segundo) se encuentra redactada de manera muy similar al numeral 10.2, contenido en la Constitución Española (CE) , demostrando una notable influencia, no sólo por su semejanza de estilo, sino por la fundamentación aportada por los propios legisladores que tratan de conjugar la parte sustantiva con el criterio hermenéutico de interpretación conforme. Al respecto, el Dictamen de la Cámara de Senadores dice lo siguiente.

Es evidente que una de las consecuencias de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirían reconocimiento y protección constitucional. *Es tarea del legislador constituyente resolver el mecanismo conforme el que se resolverán los posibles conflictos de normas y en general, el sistema de aplicación.*

Por ello, se propone adoptar el principio de “interpretación conforme” que se ha establecido y aplicado en otros sistemas garantistas, *destacadamente el español*, con óptimos resultados.

¹⁵⁹ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 1999, p. 207 y ss. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (colaboración de R. de ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA, y A. LLAMAS CASCÓN), *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

El argumento estriba en que, tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. *En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.*

Este sistema no atiende a *criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas* que no se considera conveniente modificar sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas.¹⁶⁰

Lo anterior, se corrobora con el camino que ha seguido el propio precepto en el derecho constitucional español, al permitir a los jueces llevar a cabo labores de interpretación e integración de los Derechos Fundamentales, consagrados en la CE, con los de derecho europeo. Precisamente, este será el mismo camino que sigue el legislador mexicano al momento de reformar la CPEUM. En este sentido, el derecho constitucional español, al igual que el mexicano, incorpora al derecho internacional de los derechos humanos a través de la cláusula expresada arriba, la misma ha tenido un significado muy importante al momento de la interpretación de los derechos fundamentales en España, pero con ciertas diferencias que es importante señalar, concernientes a las pautas hermenéuticas empleadas en cada modelo.

¹⁶⁰ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta del Senado de la República, Año I, Segundo Periodo Ordinario, Legislatura LXI, No. 115, Viernes 9 de abril de 2010, p. 19.

La CPEUM contiene dos parámetros de interpretación conforme: la Constitución y los Tratados Internacionales, mientras que la CE sólo lo hace acorde a estos últimos; asimismo, la CPEUM incorpora la interpretación Pro Homine, mientras que el texto de la CE no lo hace. Al respecto, se han generado un sinnúmero de interpretaciones, en la siguiente sección me ocuparé de la parte procesal, relacionada al funcionamiento de la cláusula del derecho internacional de los derechos humanos, así como el procedimiento de concreción de los derechos políticos fundamentales, a través del control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso.

1.2.3.3 Cambio de paradigma: *control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso*

Con la decisión del Caso Radilla la Suprema Corte de Justicia ha dado un viraje hacia un nuevo control de constitucionalidad que combina la interpretación conforme de un modelo concentrado de constitución como el español y el control difuso, propio de modelos anglosajones. Aunque la intención original, como explicamos en la anterior sección, el legislador decidió inspirarse en el modelo concentrado español de interpretación conforme en un modelo de control concentrado.

El derecho internacional es utilizado como argumento comparativo del derecho constitucional de los Estados. Este mismo método nos ayudará a explicar, el por qué, a pesar de tener redacciones tan similares, en España se ha preferido optar por un la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos continuando con el modelo de control constitucional concentrado que había estado practicando su sistema constitucional desde la promulgación de la CE,¹⁶¹ mientras que la SCJN (recordemos que de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Reforma, no era intención del legislador adoptar un control difuso), después de

¹⁶¹ I. DE OTTO Y PARDO, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, publicado en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. 111, pp. 1939-1950. F. SEGADO FERNÁNDEZ, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995.

una nueva reflexión a los artículos 1 y 133 de la CPEUM, eligió el control difuso para llevar a cabo dicha tarea, así como el control de convencionalidad. Antes de iniciar, me gustaría precisar algunas cuestiones relacionadas con este último control (que sirvan también como una especie de definición al respecto).

Es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana.¹⁶²

Por su parte, Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado lo siguiente.

... existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.¹⁶³

¹⁶² E. REY CANTOR, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, Porrúa, México, 2008, p. 41 y ss. Del mismo autor: “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, en FERRER E. MAC-GREGOR, y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, (Coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, Tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Marcial Pons-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2008, p. 225.

¹⁶³ Párr. 5 del Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006.

Esto se reafirma, acorde a una interpretación sistemática de lo dispuesto por los preceptos 1.1, 2, 3 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se le otorga competencia a la Corte Interamericana, a fin de armonizar el derecho interno de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. En principio, únicamente los Tribunales Internacionales son los que pueden determinar cuándo un hecho violatorio de la Convención o Tratado, es imputable a un Estado, y éste a su vez, es sujeto de responsabilidad internacional. Siguiendo con el tema, el profesor Néstor Pedro Sagüés, afirma que el Consejo Constitucional Francés, empleó por primera vez el término: control de convencionalidad, el 15 de enero de 1975, cuando el mismo, se negó a realizar este control de conformidad con las leyes francesas con un Tratado Internacional.¹⁶⁴

El modelo europeo tiene una tradición ancestral, en su sentencia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend & Loos) el ahora Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, determinó que la Comunidad Europea, la Comunidad constituye: “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico.”¹⁶⁵

¹⁶⁴ N. P. SAGÜÉS, “El “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO, (et. al.) (Coords.), *Construcción y papel de los Derechos Sociales Fundamentales hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2011, p. 402.

¹⁶⁵ Caso: NV Algemene Transport c. Administración Tributaria neerlandesa. Sentencia de 5.2.1963 — Asunto 26/62 Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, p. 340. Tomado de la versión en español, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:ES:PDF>

Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en el control de “comunitariedad” (convencionalidad), “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.”¹⁶⁶ Es larga la tradición de precedentes del derecho comunitario europeo (que por el momento no entraremos a él, por no ser la cuestión principal en estudio), donde básicamente, lo que se ha ido haciendo es perfeccionar este modelo, en el que, el juez nacional, se encuentra habilitado para ejercer un control de fiscalización del derecho comunitario.¹⁶⁷

Ahora bien, en concreto, en el Estado Español, se han visualizado algunos problemas para la efectiva aplicación del control de convencionalidad, desde abajo, tanto por los jueces nacionales como locales. Algunas de estas complicaciones, las clasifica el profesor Sagüés en pedagógicas y sociales: “falta de entrenamiento por muchas Universidades, la ausencia de voluntad concreta de encarar tal tarea por todos los tribunales, o los riesgos que podría llevar un ejercicio irreflexivo o imprudente, e incluso desleal, de dicho control[...] -que, aunque se invoque- el juez nacional no sea genuinamente respetuoso de los

¹⁶⁶ Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, párr. 24. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0106:ES:PDF>

¹⁶⁷ V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011; S. RIPOL CARULLA, “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346; A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207; L. M. DIEZ PICAZO, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

parámetros fijados por los tribunales europeos supremos[...]"¹⁶⁸, entre otras. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), que tiene una composición más similar a la CIDH, tanto en su forma como en la materia, practica el control de convencionalidad para sí, pero en ningún momento ha exigido a los Estados miembros de la Unión Europea, inaplicar el derecho local contrario al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

Igualmente, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, a diferencia de su homónima, la CEDH, sí ha tenido un desarrollo más activo en la generación de precedentes que soliciten a los Estados miembros, ejercer un control de convencionalidad, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias. Antes de continuar, me gustaría recalcar que en la mayor parte de las ocasiones, los Estados se vuelven reticentes a aceptar este tipo de solicitudes por organismos internacionales, debido al resguardo de sus propias soberanías, en adición a que, son los propios Tribunales del Estado quienes conocen de inmediato los problemas nacionales, y quienes dan solución a los mismos.

No obstante, entiendo que el mecanismo de funcionamiento de esta jurisdicción internacional, es subsidiaria, y atiende casos paradigmáticos o extraordinarios, que la propia jurisdicción interna no atiende, por ejemplo, la CIDH o cualquier otro organismo internacional no es una segunda instancia. Por ende, se debe ser cauto cuando se habla de control de convencionalidad, y más aún, cuando el concepto, originalmente significa la potestad que tiene este organismo internacional por considerar que el Estado ha violado disposiciones de derecho internacional. Es tanto como afirmar que es el propio Estado quien estará encargado de auto velar por la propia supervisión de los Tratados, a las propias violaciones por él cometidas. Personalmente, prefiero el término *conformidad con el derecho internacional o control interno de convencionalidad*, en lugar de control

¹⁶⁸ N. P. SAGÜÉS, "El "control de convencionalidad" en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo", *op. cit.*, p. 409.

de convencionalidad.¹⁶⁹ Aclarado lo anterior, me gustaría precisar algunos antecedentes de este control de convencionalidad interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al respecto, nos debemos remontar a los votos concurrentes del distinguido académico Sergio García Ramírez, al afirmar lo siguiente.

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹⁷⁰

Asimismo, en otro caso, el mismo Juez, advirtió sobre la tarea desempeñada por la CIDH, equiparándola a la labor que hacen los Tribunales Constitucionales, pero diferenciando una de otra.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -- disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia

¹⁶⁹ Sergio García Ramírez, Ex presidente de la CIDH, es quien ha preferido este término. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, V, No. 26, Puebla, 2011, p. 126

¹⁷⁰ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹⁷¹

El control de convencionalidad tiene su origen en distintos casos resueltos por la CIDH, entre los que se encuentran: *Almonacid Arellano vs Chile* (26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125). Seguida por los casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros c. Perú)*, 24 de noviembre de 2006, considerando 128); *La Cantuta vs Perú* (29 de noviembre de 2006, considerando 173); *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78); *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs Guatemala* (9 de mayo de 2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal vs Panamá* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1); *Radilla Pacheco vs México*, (23 de noviembre de 2009, considerando 332); *Manuel Cepeda Vargas vs Colombia* (26 de mayo de 2010, considerando 208); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay* (24 de agosto de 2010, considerando 311); *Fernández Ortega vs México* (30 de agosto de 2010, considerando 237); *Rosendo Cantú vs México* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220); *Ibsen Cárdenas y otro vs Bolivia* (1o. de septiembre de 2010, considerando 202); *Vélez Loo vs Panamá* (23 de noviembre de 2010, considerando 287); *Gomes Lund vs Brasil* (24 de noviembre de 2010, considerando 176); y *Cabrera García-Montiel Flores vs México* (26 de noviembre de 2010, considerando 225), entre otros.

¹⁷¹ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

Desde la perspectiva de algunos especialistas, el denominado “control de convencionalidad”, puede ser clasificado en represivo o destructivo y constructivo. Represivo o destructivo, cuando expulsa del ordenamiento interno la norma o acto en cuestión que vulnere el derecho internacional de los derechos humanos; y constructivo, al estilo del caso Radilla Pacheco, donde se le da un efecto positivo, al solicitar al Estado mexicano que realizara una interpretación conforme del artículo 57, del Código de Justicia Militar, con las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, más no su inconventionalidad.¹⁷² En síntesis, existen ciertos paralelismos entre el control de comunitariedad de la Unión Europea y el Sistema Interamericano, aunque también los mismos desafíos y preocupaciones, sobre todo en países como el mexicano, donde predominaba aún un sistema de control concentrado, escaso manejo del derecho internacional y una lectura de precedentes muy distinta a la que maneja la CIDH.

Antes de pasar al siguiente apartado, me gustaría entrar al procedimiento a través del cual sucederá la implantación de este control interno de convencionalidad en el sistema jurisdiccional mexicano. En principio, cabe destacar que el empleo de este instrumento, en principio, no debería significar en automático la desaplicación de una norma interna por la autoridad con potestad jurisdiccional. Como bien ha sostenido la SCJN, en su interpretación del caso Radilla, el sistema funciona, en una serie de sencillos pasos, pero que tienen una complejidad hermenéutica significativa, pues implica el conocimiento no solamente de las normas de derecho internacional, sino de los precedentes de la misma CIDH.

¹⁷² La clasificación es del Dr. Pedro Sagüés: “El “control de convencionalidad” *op. cit.*, p. 402; Ver: E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; G. GARCÍA MORELOS, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010.

A) *Interpretación conforme en sentido amplio*. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) *Interpretación conforme en sentido estricto*. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.¹⁷³

Los criterios anteriores de derecho internacional, recogen el criterio de la interpretación conforme que la teoría constitucional ha postulado como criterio hermenéutico desde los años sesenta. Lo cual es saludable para la interpretación de los derechos fundamentales. Al respecto, el principio Pro Homine con sus dos variantes: preferencia interpretativa y preferencia de normas.¹⁷⁴

¹⁷³ Expediente Varios 912/2010. Párr. 32.

¹⁷⁴ E. CARPIO MARCOS, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 41 y ss.

Finalmente, se encuentra la inaplicación o desaplicación al caso en concreto cuando ninguna de las dos opciones anteriores es posible. El principal defensor de la idea del control difuso, en esta última fase de análisis de las normas internas con el derecho internacional, descrita líneas arriba, es el destacado jurista Ferrer Mac-Gregor¹⁷⁵, ahora Juez de la CIDH, quien ha emitido un voto razonado en el caso Montiel Flores, en el párrafo 66, de la citada resolución se puede leer (nótese que habla de un control difuso de convencionalidad y no de control de constitucionalidad difuso).

De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad”...¹⁷⁶

Continúa en el párrafo 67,

“En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, debe inaplicarse para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133...”

¹⁷⁵ F. MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, en La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. M. CARBONELL, y P. SALAZAR UGARTE, UNAM-IIJ, México, 2011, pp. 339-429.

¹⁷⁶ Voto Razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Cabrera García Y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010.

Por una parte, aunque la CIDH en ningún momento se ha pronunciado sobre la preferencia del control difuso o concentrado para ejercer este control interno de convencionalidad, la decisión la deja a los Estados miembros para adoptar la figura que sea más adecuada a las necesidades y circunstancias particulares de cada uno. Esta decisión compete a los Estados de acuerdo a su soberanía interna, siempre y cuando establezcan los mecanismos adecuados para que pueda llevarse a cabo una protección efectiva a los derechos humanos. En tal sentido, me adhiero a lo que plantea García Ramírez, cuando manifiesta que sería preferible el ejercicio de este control a través de consultas (directamente a la CIDH) sobre la (s) disposición (es) que se pretende (n) aplicar, de la misma forma en que operan las cuestiones de inconstitucionalidad, por ejemplo en el sistema judicial español, donde los asuntos se remiten al Tribunal Constitucional, por tener mayores similitudes con el modelo mexicano.¹⁷⁷

Esta preocupación se corrobora con una de las iniciativas propuestas, después de la emisión en México, del caso Radilla Pacheco, que proponen reglamentar los artículos 1 y 133 constitucionales¹⁷⁸, en materia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad. La intención del legislador, tal y como se expresa en las exposición de motivos correspondientes, es brindar seguridad jurídica y certeza al proceso de aplicación de las normas relativas a derechos humanos, y no generar incertidumbre, a partir del criterio interpretativo de los jueces en cada región del país. Asimismo, evitar criterios fragmentarios y dispersos, que generen incertidumbre y caos en la generación de jurisprudencia.

¹⁷⁷ S. GARCÍA RAMÍREZ, "El control judicial interno de convencionalidad", *op. cit.*, p. 152.

¹⁷⁸ Iniciativa que expide la Ley Reglamentaria de los Artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula las competencias de control difuso que tienen las autoridades y los jueces cuando ejercen control de constitucionalidad y convencionalidad, a cargo del diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, del Grupo Parlamentario del PT. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, Número 3443-VII, jueves 2 de febrero de 2012. También existe la iniciativa presentada por las 3 principales bancadas en el Senado de la República (PRI, PRD y PAN) con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 26 de Octubre de 2011.

Existe un optimismo inusitado sobre la posibilidad que da la SCJN a los Tribunales Locales para llevar a cabo la interpretación de las normas internas conforme a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.¹⁷⁹ Inclusive de parte de la CIDH se muestra bastante optimista con la jurisdicción mexicana, en la sentencia del Caso Radilla Pacheco, el Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno¹⁸⁰, así como el jurista Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del caso Montiel Flores, al manifestar este último lo siguiente.

El “control difuso de convencionalidad” ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del Caso Radilla Pacheco), haciendo alusión al Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006)...

Se pone de ejemplo en la aplicación de lo que denomina control difuso de convencionalidad. Sin embargo, si leemos la sentencia aludida, en ningún momento el referido Tribunal desaplica algún precepto por estimar que éste vaya en contra de algún Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos,¹⁸¹ lo único que hace el Tribunal mencionado es una definición sobre lo que considera que es el control de convencionalidad, así como sus posibles aplicaciones, pero en ningún momento hace una confrontación de una norma interna, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, solamente reenvía el caso al Tribunal a quo, para que éste se pronuncie sobre lo que había dejado de

¹⁷⁹ Inclusive, existen Estados de la Federación como Nuevo León, que a un mes del pronunciamiento de la Corte mexicana sobre el Caso Radilla, existió la declaratoria de desaplicación por inconstitucional, del artículo 224, fracción V, del Código Penal de aquel Estado, por contravenir jurisprudencia de la SCJN, así como el artículo 14 de la CPEUM. Ver: Toca Penal 43/11. Cuarta Sala Penal Unitaria del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. 8 de Agosto de 2011.

¹⁸⁰ Nota al Pie 321, del caso Radilla Pacheco, cit.

¹⁸¹ Expediente disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0912/2.1%2011-TC01-AT-AD2008-1060.pdf> (Fecha de visita: 28 de Marzo de 2013, 18:05 horas).

considerar en su fallo, al declararse no competente de conocer las violaciones relativas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸² Por otra parte, existen también otros pronunciamientos de relevante interés en la aplicación de las normas de derecho internacional.¹⁸³

1.2.3.4 Procesos de concreción de los derechos fundamentales: jerarquía vs armonización

De acuerdo al Profesor Caballero Ochoa, considero que deben ser puestas en relieve algunas cuestiones fundamentales, antes de comenzar a utilizar de manera indiscriminada los nuevos controles constitucionales definidos por la Corte mexicana. Existen aún muchas reticencias en nuestro sistema constitucional, entre los que se encuentran: un desarrollo claro de una auténtica teoría constitucional, por ejemplo, no existen pronunciamientos claros sobre la noción de contenido esencial, bloque de constitucionalidad, bloque de convencionalidad,¹⁸⁴ así como un uso incorrecto del precedente judicial.

Se habla mucho del diálogo jurisprudencial del *ius commune* en América Latina. No obstante, este diálogo no está completo sin la debida preparación y formación de nuestros operadores jurídicos. Este optimismo también debe quedar reflejado en una preocupación constante por satisfacer la preparación en los conocimientos necesarios e indispensables que exige esta variante de control interno de convencionalidad. Pues aún, en el Congreso se han presentado

¹⁸² Amparo directo administrativo 1060/2008. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. 2 de julio de 2009. Considerando Octavo 2.1-2.3.

¹⁸³ Amparo Directo En Revisión 908/2006. Primera Sala. 18 de abril de 2007. El tema principal de la sentencia era el interés superior del niño; amparo directo 505/2009, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en sesión celebrada el veintiuno de enero de dos mil diez, el tema versó sobre la tutela de justicia efectiva, en consonancia con el art. 25 de la CADH.

¹⁸⁴ J. L. CABALLERO OCHOA, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en M. CARBONELL, y P. SALAZAR UGARTE (Coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, UNAM-IIJ, México, 2011, p. 132.

reticencias para retroceder en la materia, específicamente en la adopción de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸⁵

Inclusive, en uno de los últimos debates sostenidos por la Suprema Corte de Justicia mexicana el 3 de septiembre de 2013, se han tomado criterios que distan mucho de la visión de armonización y concreción de los derechos fundamentales a partir de una óptica principialista. En los debates sucedidos en la Contradicción de Tesis 293/2011, se determinó en relación a la jerarquía que tenían los derechos contenidos en los instrumentos internacionales como en la Constitución mexicana. Es decir, a pesar de que el artículo 1 de la CPEUM determina que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales forman parte del orden jurídico interno, existen excepciones cuando la propia Constitución federal establezca límites o restricciones más allá de lo que diga el propio Tratado o Convención internacional.

Lo anterior implica resolver un problema de hermenéutica constitucional de acuerdo a moldes silogísticos de jerarquía, propios de un legalismo a ultranza que no se preocupa por desentrañar ni armonizar los contenidos internos con los supranacionales. A pesar de lo anterior, considero que no todo está resuelto, debido a que existen precedentes donde el máximo Tribunal mexicano ha podido conjugar de manera clara, tanto la normativa nacional como la supranacional, cabe citar dos ejemplos claros resueltos por el Poder Judicial de la Federación.

En la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, la SCJN se pronunció por maximizar el derecho a la libertad, en relación a una norma que permitía el trabajo a favor de la comunidad, optimizando una disposición de la Constitución Federal que la avalaba, debido a que los Tratados protegían en mayor medida a la

¹⁸⁵ Existe una Iniciativa de una de las bancadas más fuertes del Congreso que propone dar preferencia a la CPEUM, por encima de aquellos Tratados Internacionales que vayan en contra de la misma. Ver: Iniciativa que reforma el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del Grupo Parlamentario del PRI. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, año XVI, número 3679-II, jueves 3 de enero de 2013.

persona, de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “trabajo forzoso u obligatorio”, en relación al artículo 21 de la Constitución Federal.

Asimismo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación decidió en la jurisprudencia 39/2013, que la restricción en materia de suspensión de los derechos políticos que establece el artículo 38, inciso II, de la CPEUM, cuando se dicte un auto de formal prisión, sólo procede cuando el inculcado esté privado de su libertad, en consonancia con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (CADH y PIDCP). En el siguiente capítulo me avocaré a realizar un estudio a fondo sobre los procesos de concreción que deben tener los derechos fundamentales, en aras de optimizar su contenido esencial, con independencia de su origen (nacional o supranacional), así como las soluciones entre posibles colisiones, en base a la técnica de la ponderación.

CAPÍTULO 2

EL MODELO PRINCIPIALISTA DE DERECHOS HUMANOS: SU INDETERMINACIÓN Y CONCRECIÓN A PARTIR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El intérprete judicial se enfrenta a problemas que van más allá del formalismo y del legalismo a ultranza, que pretendía soslayar el aspecto moral y ético del derecho, limitándose a cuestiones meramente procedimentales o legales. La interpretación judicial ha tenido transformaciones sustanciales que han modificado la visión de una lógica jurídica formal hacia una lógica operativa, reversible, más flexible y que brinde nuevos mecanismos para la resolución de conflictos. En este sentido, la tarea de la nueva hermenéutica jurídica debe encuadrarse dentro de la razón práctica, en lugar de una teoría abstracta formalista, estática, que no permita la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión. Considero que éste es uno de los equívocos que ocurren con asiduidad al momento de plantear y resolver casos judiciales.

Se piensa comúnmente que las teorías abstractas o que proporcionan herramientas lógico-formales de argumentos, son mejores o proporcionan mayor seguridad al momento de interpretar normas jurídicas y motivar una decisión judicial. Sin embargo, la movilidad y el desplazamiento constante en el tiempo entre norma y realidad han superado las añejas teorías sostenidas por el formalismo jurídico, que anclaban al juez al texto de la norma. En tal sentido, considero que la hermenéutica judicial debe constituirse como una teoría jurídica, no solamente como “un parche para completar los huecos dejados por la dogmática jurídica”.¹⁸⁶ Es decir, no es una novedad o genialidad dispuesta a “parchar” la grave y deficiente falta de metodología en el planteamiento de casos difíciles que son resueltos cotidianamente. El pretender hacer eso, quizá le vaya más a la lógica formal-deductiva, propia incluso de una ciencia exacta. En este

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *La hermenéutica jurídica de Hans George Gadamer*, Salamanca, Universidad de Valladolid, 1993, p. 106.

sentido, la nueva hermenéutica jurídica a la cual me inscribo, debe ser capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico, además de tomar en cuenta los factores y las circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino también el de las barreras culturales, así como la distancia entre el texto, la época, actualizando las necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

Frente a la doctrina de la completitud del derecho, se encuentra la tesis de la indeterminación, los dos representan paradigmas antagónicos, defendidos por los juristas al momento de pretender encontrar sentido a determinado sistema jurídico. Para el primer modelo (completitud), la comprensión de las normas jurídicas es a través de un sistema hermético, ausentes de lagunas e incoherencias, propio de los sistemas decimonónicos y estatistas, donde el origen y fuente de las normas es la voluntad incuestionable del legislador, la cual deja un estrecho margen de interpretación al operador judicial en los casos planteados. Esta visión caracterizó a nuestros sistemas de influencia romano-canónica hasta todavía la mitad del siglo XX. Por otra parte, el paradigma de la indeterminación jurídica comienza de una sencilla premisa: es imposible la regulación de todos los casos, así como el conocimiento de los hechos anteriores a la elaboración de las normas, por consiguiente, al ser las normas jurídicas indeterminadas, es aceptable cierto grado de discrecionalidad por parte del operador judicial.

Este capítulo queda inscrito a un modelo hermenéutico que reconozca la vaguedad de las normas jurídicas, pero no como un obstáculo o un defecto al proceso de comprensión, sino como una condición necesaria de las mismas. Por este motivo, considero que lo mejor, es un esquema flexible, que dote de sentido al sistema jurídico a partir de la interpretación de principios jurídicos maleables, aplicados a los casos concretos, con la aplicación práctica del principio de proporcionalidad. En este sentido, la hermenéutica y la argumentación jurídica son aquellas teorías que auxilian la labor del juez para la mejor comprensión de los

fenómenos jurídicos, en este caso, las normas deben ser entendidas como “objetivaciones lingüísticas de sentido”, las cuales ayudan a motivar adecuadamente los casos expuestos ante los Tribunales, constituyéndose de esta forma en un gran auxiliar para lograr la concreción de la ley en cada caso. Lo que pretende la hermenéutica en sí, es la comprensión de los textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación, encaminado a lo que los Filósofos del Derecho se han referido por “motivación completa”, es decir, “el conjunto de elementos imprescindibles para entender como racionalmente motivada una decisión válida”.¹⁸⁷

A lo largo del presente capítulo, llevaré a cabo el análisis de las doctrinas de la completitud e indeterminación jurídicas, así como el estudio de algunas teorías “estándar de la argumentación jurídica”¹⁸⁸, pero no desde el aspecto meramente semántico y reduccionista, sino desde una visión dinámica, adecuada al contexto de los sistemas democráticos y plurales.¹⁸⁹ En un primer momento, examinaré las tesis de la norma como marco de Hans Kelsen. Posteriormente, llevaré a cabo un análisis de las doctrinas de la indeterminación del derecho, en autores como Hart, Dworkin y Endicott. De cada uno de ellos, estudiaré los puntos relativos a la textura abierta del derecho, la tesis interpretativa y la vaguedad necesaria en el derecho como una cualidad inescindible.

En lo que respecta al examen de las teorías estándar de la argumentación jurídica, examinaré tres principales autores: Perelman, Toulmin y Alexy. El surgimiento de la retórica en la argumentación jurídica se basó principalmente en la necesidad de “hacer comprensible toda argumentación desde la situación del

¹⁸⁷ DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, p 87.

¹⁸⁸ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IIJ, 2003, p. 203.

¹⁸⁹ BIX, Brian H. “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”, en *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 3, September 2003, pp. 281–295.

discurso”¹⁹⁰, o como sostiene Viewegh, una forma de pensamiento situacional para la búsqueda del entendimiento. En este sentido, me adhiero a la visión discursiva y principialista de los derechos y su necesidad de concreción a través del principio de proporcionalidad, así como su sofisticación y desarrollo en la teoría de los derechos fundamentales.

El contexto de indeterminación normativa, propio de los Derechos Fundamentales en el ámbito constitucional, necesita de instrumentos para su adecuada concreción. De acuerdo a esto, es imprescindible el estudio de teorías que sean de utilidad para reducir el margen de imprecisión existente. Para lograr dicho propósito, se analizará la teoría discursiva de los derechos fundamentales del jurista Robert Alexy, para, en un primer acercamiento, señalar los elementos que contribuyen a reducir el grado de imprecisión normativa y ambigüedad. Asimismo, es necesario acudir a las concepciones interpretativas desarrolladas en el epígrafe previo, para justificar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, así como la aplicación de técnicas concretas, en especial a Dworkin, y su dimensión principialista, de quien Robert Alexy retoma esta última idea para construir su teoría y aplicación de la ponderación en la solución de casos difíciles, donde están adscritas normas de derechos fundamentales.

En la actualidad existe un auge en el empleo del principio de proporcionalidad, que han llevado a sus creadores, a desarrollar métodos más sofisticados para legitimar la labor que desempeña este instrumento al momento de concretizar y asignar significado a los derechos fundamentales. El examen del principio de proporcionalidad, será analizado conforme al modelo continental europeo, siguiendo los criterios de la doctrina y jurisprudencia española, la cual, a su vez, se ha inspirado en el modelo alemán, inclusive, existe un consenso en el derecho común europeo, a través de su recepción por la Corte Europea de Derechos Humanos y su consagración expresa en la Convención Europea.

¹⁹⁰ VIEWEGH, Theodor, “Sobre el desarrollo contemporáneo de la Tópica Jurídica”, en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 176.

Antes de iniciar con la exposición a las premisas para el correcto empleo del principio de proporcionalidad, llevaré a cabo un conciso repaso de las principales teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales: la absoluta y la relativa. Mi adhesión es hacia la teoría relativa, especialmente, la que se fundamenta en la teoría institucional de los derechos fundamentales, ya que proporciona herramientas conceptuales que permiten justificar el uso del principio de proporcionalidad, y sobre todo, brindan mejores razones argumentativas al intérprete judicial de corrección (tanto formal como material) en los casos difíciles de derechos fundamentales. Lo anterior, debido a que este instrumento no puede constituirse como un canon autónomo del proceso de interpretación constitucional, sino que requiere la adhesión hacia alguna teoría material e interpretativa, así como de un modelo de teoría constitucional.¹⁹¹

Los siguientes epígrafes se encargan de detallar el proceso de sofisticación del principio de proporcionalidad. Entendiendo por sofisticación, los procedimientos por los cuales las teorías de un sistema se vuelven cada vez más complejas y refinadas. El principio de proporcionalidad ha sido blanco de numerosas críticas, que han llevado a sus autores, a desarrollar complejos mecanismos de racionalidad, como la enumeración de fórmulas o la explicitación aritmética (aunque metafórica) de la ponderación. Por ello, me ocupare en primer término, de distinguir entre el modelo europeo continental de proporcionalidad con el de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica. Que si bien, tiene semejanzas, la principal divergencia es el fundamento del cual emerge: un modelo de teoría constitucional a la cual se adhiere, uno más flexible, de precedentes y de una práctica cotidiana de una filosofía pragmática y utilitarista por parte de jueces y juristas que se ocupan de su estudio.

¹⁹¹ En este sentido, he detallado mi postura en el capítulo previo, al posicionarme dentro de la corriente de la teoría constitucional entendida como valores y principios objetivos, irradiantes del resto del ordenamiento jurídico.

En el siguiente apartado se detallan las premisas a seguir para la activación del principio de proporcionalidad, antes de entrar ampliamente a su explicación técnica (sostentación). He procurado compaginarlo con la recepción jurisprudencial y normativa mexicana, para ello, utilizo diversos ejemplos que facilitarán la comprensión de los elementos ahí tratados. El primer paso es identificar casos difíciles de derechos fundamentales. Para ello, se da un breve repaso a las principales características coincidentes por la mayor parte de los juristas que abordan dicha temática. El segundo paso, se trata de la identificación de una limitación o restricción al principio (s) o bien (es) jurídico (s) tutelados. Para ello, procuro ejemplificar este contexto con algunas normas de derecho fundamental en la CPEUM. Explicando en este sentido, la significancia de estos en el proceso posterior de argumentación, así como la adhesión hacia una persistente visión formalista de los derechos fundamentales en nuestro país.

Finalmente, se determinan los elementos que intervienen para definir una colisión o enfrentamiento entre principios constitucionales, dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad. Para ello, se explicitan los principales elementos del mismo, haciendo énfasis, en la adopción hacia la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, la cual es de mucha utilidad en el proceso de concreción de los mismos, dado que el resultado de la colisión o enfrentamiento, determinará en la mayor parte de las ocasiones, los márgenes permisivos y de no afectación a este núcleo fundamental.

2.1 La ductilidad e indeterminación de los sistemas jurídicos en el Estado Constitucional

La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Si bien, desde una óptica netamente positivista-legalista, se podría afirmar que estas cualidades representan síntomas negativos, considero que este proceso debe ser visto desde la dinámica de la teoría jurídica contemporánea, como un elemento positivo para abonar hacia el respeto a la pluralidad y la coexistencia de valores, que, en ocasiones, no son suficientes de aprehender por el legislador al momento de elaborar las normas jurídicas.

El jurista Fuller, puso de manifiesto dicha situación, afirmando la existencia de 8 principios de legalidad que integran la moral interna del derecho como aspiración ideal de concretizar un sistema jurídico. Entre ellos, se encuentran los siguientes: precisión y claridad en la ley, generalidad, promulgación, irretroactividad, ausencia de contradicciones en la legislación, fines posibles a seguir por las normas, estabilidad del derecho a través del tiempo al objeto de que sirva de guía de conducta a sus destinatarios y la congruencia entre la ley oficial y la declarada por los tribunales.¹⁹²

Si bien, estos son ideales que debieran inspirar a la totalidad del sistema jurídico, la mayor parte de las ocasiones no sucede de tal modo. El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son pieza clave en la revaloración de los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.¹⁹³ Las

¹⁹² FULLER, L. L., *La moral del derecho*, Trilas, México, 1967, p. 56 y ss.

¹⁹³ SCHNEIDER, Hans Peter, "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales" en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,

Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo paradigma.¹⁹⁴

A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de Derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo) como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional. Esta visión principialista y axiológica de los contenidos constitucionales provoca que, precisamente las normas de la Ley Fundamental sean indeterminadas y requieran de concreción por parte de sus operadores, más aún si hacen referencia al contenido axiológico y ético que son indispensables para la sólida fundamentación en las decisiones de los Tribunales Constitucionales.¹⁹⁵

De acuerdo a lo anterior, considero que el desafío del Juez Constitucional en el presente siglo es cumplir satisfactoriamente tanto la justificación externa como interna de sus decisiones, a partir de un adecuado y pertinente empleo de una o varias teorías de derechos fundamentales y de justicia. Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es “un acto de adhesión o ruptura

1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

¹⁹⁴ CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003. POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, Luís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho, op. cit.*, p. 126.

con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte.”¹⁹⁶ Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en cuenta entonces, que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado, el judicial.¹⁹⁷ Y por otro lado, sus decisiones deben provocar un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, a partir de los propios cánones que la teoría de la interpretación y argumentación jurídica les impone.

2.1.1 El derecho dúctil como expresión de la pluralidad en los sistemas constitucionales y legislativos actuales

Una de las características fundamentales de las sociedades modernas es el pluralismo político y axiológico, el cual ha permeado los sistemas constitucionales y legislativos contemporáneos. En la modernidad, el profesor alemán Peter Häberle advierte que la interpretación constitucional debe ser un proceso abierto, pedagógico-social, a través de la enseñanza de valores como la ética social, tolerancia, democracia, dignidad humana, solidaridad, dándole al ciudadano un sentido de pertenencia a su comunidad mediante la pluralidad. Inclusive, el profesor de la Universidad de Bayreuth, considera a la cultura como un elemento más del Estado. Su visión de la Constitución como parte de la cultura es otra de las originalidades de su planteamiento, dado que es en ésta donde se plasman valores y principios que la sociedad en un consenso ha decidido asumir como propios.

¹⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Juez constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 10, Julio-Diciembre, Porrúa, México, 2008, p. 264. Vid. del mismo autor: “Jueces Constitucionales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nuevo año, Año. XXXVII, No. 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.

¹⁹⁷ PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Gredos, Madrid, 1989, p. 43.

El Estado mexicano es un ejemplo claro de pluralismo, en el existe todo un mosaico rico y plural de tradiciones, donde lograron fusionarse la cultura europea y las antiguas civilizaciones indígenas que lo habitaban desde sus inicios.¹⁹⁸ En este contexto, los derechos culturales son ejemplo de esa diversidad en los sistemas legislativos y constitucionales. El Estado Constitucional en México ha conseguido establecer a través de procesos de integración legislativa y constitucional la defensa y protección de los derechos indígenas, en clara expresión del reconocimiento a la pluralidad de valores y a esa dinámica social en la que nos encontramos inmersos.¹⁹⁹ Plural y diverso son también las minorías sociales como las mujeres, los niños, los migrantes, los colectivos de diversidad sexual, religiosos, entre otros.

Por consiguiente, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, no puede soslayar el aspecto plural de la sociedad. Por lo que la visión dúctil y flexible del derecho presentada por el autor italiano Gustavo Zagrebelsky, puede aportar luces sobre las visiones que hoy en día son tomadas en cuenta por los jueces al momento de resolver conflictos en donde se involucran principios y valores constitucionales, donde no es suficiente la aplicación mecánica de reglas, sino la ponderación de los valores en conflicto y el sacrificio menos excesivo de otros, en aras de optimizar, para obtener mejores resultados.

Una de las características fundamentales de ese Constitucionalismo contemporáneo es la existencia de principios, más allá de la aplicación de reglas de manera mecánica en casos difíciles. Siguiendo entonces la premisa de Zagrebelsky, las sociedades son plurales en la medida en que pugnan por valores

¹⁹⁸ Actualmente la población autóctona que habita en nuestro país representa un poco más del 9% de la población total (casi 10 millones de personas). NAVARRETE LINARES, Federico, *Los pueblos indígenas de México*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008, p. 9.

¹⁹⁹ En México, la incorporación de los derechos de las minorías indígenas fue incluida en la propia Constitución en el año de 2001, a raíz de los movimientos zapatistas en la defensa de los derechos de los indígenas. En este sentido, el artículo referido sufrió una reforma bastante inclusiva y detallada, donde se expresaba y fundamentaba la diversidad en nuestro país y el reconocimiento de los derechos colectivos hacia las minorías indígenas que habitan en México.

diversos y coexisten para dar legitimidad a cada uno de los sectores sociales.²⁰⁰ La ductilidad de la Constitución reside en esa coexistencia de valores y principios, cuyo cometido principal es la unidad y la integración. En este sentido, el jurista italiano afirma lo siguiente:²⁰¹

La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten -conceptos- mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos aunque con ciertos movimientos de oscilación [...] ya que los jueces son garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.

Esta acepción se encuentra dirigida en contra del denso formalismo todavía existente en muchos de nuestros sistemas jurídicos, que ha soslayado el aspecto ético inherente de las normas constitucionales. La virtud principal del juez en la actualidad, es precisamente garantizar la coexistencia de estos tres elementos: ley, derecho y justicia, a través de métodos de interpretación cada vez más dinámicos, y acordes a la realidad social del momento. Por consiguiente, el concepto de Estado de Derecho, se debe orientar hacia una dialéctica del proceso judicial, siempre inacabado e históricamente abierto. Particularmente, la historia constitucional, según él autor italiano, debe servir como base fundamental para dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, ya que la tradición romano-germana ha estado impregnada por un positivismo jurídico y un formalismo jurídico a ultranza, que ha debilitado e impedido el fortalecimiento y consolidación de los procesos constitucionales. Sobre este punto sostiene: “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.”²⁰²

²⁰⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 13.

²⁰¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, pp. 17 y 153.

²⁰² ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.

A través del empleo del método de la historia constitucional, el autor hace un recorrido sobre los tres grandes movimientos liberales de Declaración de Derechos, afirmando la influencia de las tres grandes corrientes del pensamiento político moderno: el liberalismo, el socialismo y el cristianismo social.²⁰³ Su crítica se dirige en contra de la concepción reduccionista y desligada del derecho a la realidad, así como al fundamento estatalista y de culto al legislador,²⁰⁴ a partir de una visión flexible de los derechos como principios y su aseguramiento por medio de su aplicación y realización judicial. De esta manera, uno de los rasgos característicos del constitucionalismo actual, consiste en la fijación de normas constitucionales y principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.²⁰⁵

Y es precisamente pasada la Segunda Guerra Mundial, cuando inicia el replanteamiento conceptual y material en torno al modelo estatalista de derecho, donde las constituciones van a representar “el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”²⁰⁶. De manera que la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, “una norma directiva fundamental”.²⁰⁷

Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas, aunque no estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

...

²⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 73.

²⁰⁴ En el modelo estatalista: “se admite y se afirma que el estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada por el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individualmente distintos”. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 50.

²⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 93.

²⁰⁶ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163.

²⁰⁷ FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, op. cit.*, p. 133.

Los jueces continúan cultivando la idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándolos de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta.

...

El legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como todo el derecho. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico.²⁰⁸

La construcción conceptual del derecho dúctil contiene una fuerte crítica en contra del formalismo rígido y de la aplicación mecánica de reglas para resolver los duros y difíciles conflictos en donde se involucran principios y valores constitucionales. “El derecho como disciplina práctica está anclado a la realidad”.²⁰⁹ Los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. Zagrebelsky se adhiere a una visión principialista del derecho, a partir de una dogmática constitucional flexible, y una sistematización estricta a partir del método histórico-constitucional, así como una comprensión de los fenómenos que han incidido en el mismo. Por consiguiente, se encuentra a favor de una discrecionalidad judicial, pero sin responder a otras cuestiones como la indeterminación judicial o la existencia de casos difíciles. Ésta cuestión será analizada en el siguiente apartado.

²⁰⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 110. p. 121. p. 124. p. 150. p. 153.

²⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 113.

2.1.2 Tesis de completitud versus tesis de indeterminación de los sistemas jurídicos

La doctrina de la completitud del derecho ha tenido un fuerte arraigo en nuestros sistemas de tradición jurídica romano-germana. La idea de plenitud se presenta como un encanto del legalismo y el formalismo jurídico, a manera de espejismo, donde existen todas las soluciones posibles a todos los casos que se presentan al intérprete judicial. Esta visión de coherencia, unidad y plenitud del ordenamiento jurídico guarda relación intrínseca con la concepción misma de Estado y el respeto al proceso de creación de las normas. En Kelsen, esta visión adquiere vigencia a partir de su enfoque mismo de Estado, así como en la construcción en su teoría del derecho sobre las normas jurídicas, la idea de coherencia y plenitud de las mismas, donde las lagunas conforman una ficción más dentro del positivismo jurídico, ya que el operador debe ajustarse a encontrar la respuesta dentro del mismo ordenamiento.

Ahora bien, en contraposición a esta visión determinista y hermética, se encuentra la doctrina de la indeterminación de los sistemas jurídicos. Dicha exposición, encuentra su mejor representante en las ideas sobre la reformulación del positivismo jurídico, a partir de la aceptación conceptual entre el derecho y la moral, en autores como Hart. La afirmación sobre la tesis de la incertidumbre del profesor de la Universidad de Oxford es muy clara: “la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses”.²¹⁰ Entonces, surge la necesidad de que el intérprete goce de un margen de actuación, al no contar con reglas claras y el desconocimiento de los hechos futuros, así como la imprevisibilidad del propio sistema normativo.

Tenemos ante nosotros dos paradigmas en apariencia contradictorios. El primero, pugna por encontrar en el propio ordenamiento la solución a todos los casos posibles; mientras que el segundo, admite la posibilidad de creación del

²¹⁰ HART, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

derecho por los propios Tribunales. En este camino, me apoyaré en distintos autores como Dworkin y Endicott, quienes defienden la tesis de la indeterminación y la discrecionalidad judicial. El objetivo de este apartado es exponer las tesis principales en torno a las tesis de indeterminación y completitud de los autores señalados, con el fin de que esto sirva para fundamentar el control de constitucionalidad que ejerce el juez constitucional de las normas de derechos fundamentales, a través del principio de proporcionalidad.

2.1.2.1 La tesis de la completitud en Kelsen y Dworkin

Primeramente, considero preciso aclarar el punto relativo a la confrontación entre los dos pensamientos que expondré a continuación. La razón es muy sencilla, a pesar de que nos encontramos ante dos autores, que en apariencia resultan incompatibles, ya que, mientras Dworkin pugna o defiende un liberalismo político e incluso sostiene posturas iusnaturalistas, contrarias al positivismo jurídico (aunque éste se declare: no-iusnaturalista); por otra parte, Kelsen está a favor de una metodología positivista, donde subsisten incluso elementos de la filosofía kantiana. A pesar de ello, la intención en este apartado es sostener la idea que en ambos persiste es la defensa de la tesis de la completitud del derecho, y por consiguiente, la negación de que éste sea indeterminado.

Si bien, este hallazgo se encuentra por caminos bastante distintos.²¹¹ Es decir, en Kelsen será la “doctrina como marco”; y por otra parte, en Dworkin, su construcción teórica entre los derechos como principios, y su distinción entre las directrices y las reglas, así como su empleo por el juez al momento de enfrentarse a casos difíciles y la posibilidad de que en ellas puede encontrar la solución a todos ellos, será entonces la tesis de completitud la que tendré en cuenta al momento de analizar, en primer término la postura del jurista vienés Hans Kelsen, y en segundo término, la visión de Ronald Dworkin, y así fijar paralelismos en torno a la indeterminación y completitud en el derecho.

²¹¹ REAL, J. Alberto del, “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica”, p. 7.

Durante las primeras décadas del siglo pasado, uno de los más destacados representantes del positivismo jurídico pretendió realizar una separación drástica y radical entre el derecho y la moral, con la intención de elaborar una *teoría del derecho* “purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural.”²¹² La idea principal del jurista austriaco, era obtener un conocimiento orientado únicamente en el derecho. En este sentido, afirmaba en una de sus más conocidas obras: “Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.”²¹³

La teoría de Kelsen se va construyendo en varias etapas o fases, algunas más acentuadas que otras en la influencia del pensamiento kantiano por ejemplo, tal y como lo ha subrayado Bulygin: *fase en la coexisten elementos kantianos y positivistas sin conciencia de su antagonismo de fondo* (hasta 1940), un *fase de transición* (1940-60) y una *fase puramente positivista* (a partir de 1960).²¹⁴ La *teoría del derecho* brinda un esquema de interpretación y explicación del modelo normativo, a partir de la construcción conceptual de sus distintas figuras, como la norma jurídica fundamental, la cual dota de validez al resto del ordenamiento jurídico. Este intento por crear una teoría pura del derecho ha merecido serias críticas en torno a su pretendida *pureza*, en el sentido de ser así misma “impura”, ya que “valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría una de ellas, como es el positivismo.”²¹⁵

²¹² KELSEN, Hans, “Prólogo a la primera edición” de *Teoría Pura del Derecho*, (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernego), Porrúa, México, 2003, p. 7.

²¹³ KELSEN, Hans, “Prólogo a la primera edición”, op. cit., p. 7.

²¹⁴ BULIGYN, E., “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en *Ratio Juris*, nº3, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, 1990, p. 31.

²¹⁵ GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145.

Es el derecho positivo donde el operador jurídico debe encontrar todas las respuestas, incluso, ante la existencia de conflictos entre normas, resolverá a partir de principios que el propio derecho positivo brinda, “el conflicto entre normas no es una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto no es un principio lógico- como lo creía la jurisprudencia tradicional- sino, la función de una norma de la moral positiva, especial, de una norma del derecho positivo.”²¹⁶ En caso de existencia de lagunas, el jurista debe actuar o debe asumir una posición un tanto engañosa, es decir, debe actuar “como si” aquéllas no existieran, por consiguiente, debe pensarse en el sistema como un conjunto coherente y ausente de imperfecciones. De acuerdo a esta concepción, los jueces comulgarían con dicha acepción ideológica de que están atados a la ley, de modo que: “la mayoría de las veces ni siquiera serán conscientes de que lo que llaman laguna en realidad no existe como tal y es algo que ellos mismos crean para sustraerse a una decisión que parece gravemente inconveniente.”²¹⁷ Así, la idea de sujeción a la ley, será una creencia fuertemente arraigada durante el desarrollo del positivismo jurídico.

Existe un debate en torno a si la teoría del derecho de Kelsen contiene una tesis de la completitud o indeterminación del derecho. Si bien es cierto, que el jurista vienés distingue entre normas generales e individuales para diferenciar entre el carácter de cada una de ellas y su aplicación a los casos en concreto,²¹⁸ además de abordar el aspecto interpretativo en varias de sus obras, también ha sostenido una visión un tanto arraigada sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. Más bien, su postura se ha centrado hasta cierto punto, en determinar que era en el propio ordenamiento jurídico donde debían encontrarse todas las respuestas a los casos planteados.

²¹⁶ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, p. 132; BINDDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002, 143.

²¹⁷ GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 159.

²¹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, *op. cit.*, p. 25

En este sentido, la doctrina de Kelsen, sostiene entonces una tesis de completitud del derecho, debido a que éste niega la posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico, además de una tenue y leve discrecionalidad del operador jurídico. Ahora bien, esta idea de completitud del derecho guarda íntima relación con su concepción de Estado. Al respecto, el jurista de Viena afirmará: "... el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad [...] Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera."²¹⁹

El fundamento anterior, al igual que su idea de interpretación, forma parte de la *doctrina como marco*, consiste en que el sistema jurídico provee para sí y para los casos judiciales todas las respuestas a partir del propio ordenamiento. Asimismo, Kelsen admite que la jurisdicción es un acto de creación y producción del derecho, tal y como sucede con el proceso legislativo, este significará "una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho."²²⁰ Sin embargo, su posición en torno la teoría de las lagunas en el ordenamiento jurídico es equiparable a una ficción, ya que "es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar."²²¹ De acuerdo a ello, la teoría de las lagunas será calificada como "errada" por el propio profesor austriaco.

Reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. En el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.

...

²¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis Legaz y Lecañbra), (Edición y estudio preliminar <<Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen>> de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2002, pp. 26-27.

²²⁰ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 389.

²²¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México, p. 177.

el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.²²²

Otros autores se han pronunciado sobre la negativa de si en la teoría del derecho de Kelsen pueda encontrarse alguna especie de tesis de indeterminación, ya que el mismo jurista había negado la existencia de casos indeterminados, y que, en caso de existir, podrían ser resueltos ajustándose al propio ordenamiento jurídico.²²³ Luego entonces, la teoría del derecho de raíz kelseniana sostiene los caracteres de eficacia, coactividad, unidad, coherencia del ordenamiento jurídico, cuya validez depende directamente de la norma presupuesta, es decir, de la Norma de Validez Fundamental. De forma más refinada y elaborada, los fundamentos de la teoría del positivismo jurídico han sido trasladados a la época actual. Siguiendo a Norberto Bobbio, se pueden destacar ciertas concepciones fundamentales.²²⁴

- a. La teoría *coactiva* del derecho (que supone afirmar que la coacción es un elemento esencial y típico del derecho);
- b. La teoría *legislativa* del derecho (a través de la cual se defiende la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del derecho);
- c. La teoría *imperativa* del derecho (que implica mantener que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato);
- d. La teoría de la *coherencia* del ordenamiento jurídico (esto es, la defensa de la ausencia de contradicciones entre las normas que componen el ordenamiento o, en su defecto, la existencia de mecanismos para solucionar estas contradicciones);

²²² KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 255

²²³ REAL, J. Alberto del, “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica”, p. 7.

²²⁴ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998, pp. 240-241; *Problema del positivismo jurídico, El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18.

- e. La teoría de la *plenitud* del ordenamiento jurídico (que no es otra cosa que negar la existencia de lagunas en el derecho), y
- f. La teoría de la *interpretación lógica o mecanicista* del derecho (que se plasma en el método jurídico tradicional).

En relación con las cualidades antes citadas, afirma que las tres primeras (coactividad, legislativa e imperativa) son sostenidas por aquéllos que defienden el positivismo en un sentido amplio, mientras que las tres restantes (coherencia, plenitud y mecanicidad) son defendidas por quienes defienden el positivismo jurídico en sentido estricto. En este sentido, el positivismo jurídico se ha escindido en dos versiones: un positivismo jurídico fuerte y uno débil. El mismo fundador de la Escuela de Turín, es uno de los más destacados defensores de la postura corregida del positivismo jurídico; al respecto, defiende una triple dimensión en la metodología del derecho, a partir del cual se debería analizar si la norma jurídica era idónea para alcanzar determinado fin, la visión teórica derivaría en un juicio de veracidad o falsedad, en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad (aspecto sociológico); por último, de la ideología, la cual de la cual se deberá decidir si es buena o mala (criterios de justicia e injusticia). De ahí el triple orden de problemas de la justicia, validez y eficacia de las normas jurídicas.²²⁵ Por tanto, considero que la versión más corregida y depurada del positivismo jurídico en el sentido metodológico, es la que nos puede aportar en mayor medida, herramientas para el operador judicial al momento de llevar a cabo su labor interpretativa.

²²⁵ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 33. Siguiendo esta idea, Paolo Comanducci, ha planteado la teoría constitucional a partir de varias dimensiones: como método, como teoría y como ideología. COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

Reitero, el paralelismo entre la doctrina de Kelsen y Dworkin pretendo encontrarlo en la idea de completitud y no en su postura ideológica en torno a la fundamentación filosófica de sus postulados. Cabe aclarar que la visión teórico-política de Dworkin podría quedar inscrita bajo el esquema neiusnaturalista.²²⁶ El jurista de Oxford, se adhiere a una postura crítica de los derechos como: “criaturas de la moralidad”. La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en “una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética”.²²⁷ Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles. En su teoría, Dworkin pretende conciliar, o por lo menos, acercar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls.²²⁸

En una de sus últimas obras, a modo de ilustrar el aspecto axiológico en la fundamentación de su teoría, hace referencia a la fábula del erizo y la zorra del poeta griego Arquíloco, con el fin de ejemplificar la importancia de los valores en el derecho. “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante”.²²⁹ Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por vencida ante la única defensa del erizo: sus púas.²³⁰ Precisamente, los valores, como el erizo, son una cuestión importante. Los valores éticos y morales exponen un modo de vida, que se relaciona con toda una compleja teoría filosófica.

²²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Editorial Tebar, Madrid, 2007, pp. 36-37.

²²⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

²²⁸ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1997, pp. 17-61. Vid. RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 13; RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª reimp., México, FCE, 1995. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

²²⁹ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011, p. 1.

²³⁰ BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Moschnik Editores, Océano, Barcelona, p. 17.

Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos.²³¹ Valores como la justicia, libertad, democracia, responsabilidad, verdad, entre otros, son continuamente empleados por los Tribunales y han sido motivo de intensos debates. Su concreción requiere preparación, destreza, habilidad, demanda conocimiento a profundidad sobre las necesidades de una sociedad, y hasta el conocimiento de las actitudes populares. El juez no se encuentra obligado a saberlo todo, pero sí a ser consciente y sensible de los problemas más agudos que aquejan a la comunidad en la que se encuentra. Ésta es la idea de la justicia en su contexto, de la aplicación de valores no solamente desde una óptica procedimental, sino la adopción de una mentalidad jurídica consciente. Conforme a esto, se encuentra las tesis de la indeterminación débil y la discrecionalidad judicial, expuestas por el autor de los derechos en serio.

El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los Jueces Constitucionales. De esta manera, “La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que implica una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política”.²³² Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional.

Precisamente, de acuerdo a la perspectiva de algunos autores, el jurista de la Universidad de Oxford se acerca más a la idea de la completitud que de la indeterminación, toda vez que es precisamente el Juez Hércules, el que es capaz de encontrar todas las soluciones posibles a partir de la integración y la interpretación en base a principios. Es decir, la teoría Dworkiniana defiende un

²³¹ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.* p. 2 y ss.

²³² 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*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

antipositivismo jurídico que alega la completitud del derecho, pues el modelo de juez pugnado por el propio autor se ancla bajo un esquema de indeterminación, pero pide ser tratado “como si” tuviera todas las respuestas.²³³ Al respecto, sus críticos afirman:

El fundamento del procedimiento hercúleo es la *conexión conceptual* entre el Derecho y la moral, a partir de una *teoría de las fuentes del Derecho* inclusiva del Derecho *explícito* y de los contenidos *implícitos* del Derecho legislado, desde la que deriva, y proclama, que el sistema jurídico siempre ha previsto una respuesta “correcta” para cualquier controversia jurídica actual o posible.²³⁴

Precisamente, esta teoría nos brinda la posibilidad de encontrar la respuesta a partir del empleo en la interpretación de las reglas y los principios. Cuando el iusfilósofo americano trata de responder a la cuestión de si el derecho es un sistema de reglas, contesta negativamente y pretende justificarlo, afirmando que en un sistema jurídico se constituye a partir de una visión reduccionista del positivismo jurídico, pero que la misma requiere ser ampliada, a partir de estándares propios del poder legislativo, las cuales constituirán las directrices políticas, es decir, aquéllos objetivos que pretenden ser alcanzados, debido a que éstos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.

Ahora bien, cuando se refiere a los principios, explica que éstos constituyen exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad, cuya pertenencia al derecho queda justificada en razón de su contenido, debido a que constituyen un núcleo básico del sistema jurídico. La diferencia entre las reglas y los principios, reside en la forma en que se resolverán los posibles conflictos o antinomias en el sistema jurídico. Es decir, cuando dos principios se encuentren en conflicto, dentro

²³³ REAL, J. Alberto del, “La ‘doctrina de la completitud’ del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 428.

²³⁴ REAL, J. Alberto del, “La ‘doctrina de la completitud’ del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, *op. cit.*, p. 443.

de un sistema constitucional, será necesario resolver apelando a consideraciones que incluso trascienden a la norma misma, tomando el peso de cada principio en colisión. En sentido contrario, las reglas operan en el sentido del “todo o nada”. Es decir, tienen aplicación o no, mientras que los principios son el fruto del acto, de la creación o invención del jurista que resuelve.²³⁵

Bajo este contexto, Dworkin también elabora una crítica severa en contra del modelo de su antecesor Hart, en el sentido de atacar la idea de la creación del derecho a través de una textura abierta del lenguaje normativo y la discrecionalidad judicial. Su crítica se centra en varios aspectos, sosteniendo básicamente lo siguiente.²³⁶

- a) es antidemocrática, ya que altera el régimen de división de poderes instalando al juez, en lugar del legislador;
- b) es injusta, desde que propone la aplicación retroactiva del derecho, dado que ex post facto, se aplica a una solución, y
- c) contradice el lenguaje de los juristas, ya que los justiciables acuden a los tribunales no a pedir que se les cree derecho, sino a que se les reconozca.

En este sentido, es posible encontrar, incluso para los casos difíciles, la respuesta correcta. Para lograr lo anterior, pugna por el modelo del juez Hércules, a través de la fusión de la teoría de la ética y la teoría constitucional. La visión neousnaturalista que sostiene Dworkin, influye sin duda alguna, en la visión de la resolución de casos. Para él, los conflictos ante la justicia constitucional representan exigencias de principios morales y no otra cosa, de tal suerte que el derecho debe ser compatible con los principios de la moralidad política, lanzando, como ya lo hemos dicho previamente, atrevidas propuestas sobre una posible fusión entre la teoría de la ética y la teoría constitucional.²³⁷ En el siguiente

²³⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.

²³⁶ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 48.

²³⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 230 y 233.

apartado, analizaré la tesis de la indeterminación desde dos perspectivas iusfilosóficas contemporáneas.

2.1.2.2 La tesis de la indeterminación en Hart y Endicott

En este apartado he decidido plantear un paralelismo entre las tesis de la indeterminación que son defendidas por los autores Hart y Endicott. El primero, autor de la obra “El concepto del derecho”, sostiene una visión de un juez con un moderado poder discrecional para resolver casos judiciales, a través de un replanteamiento del positivismo jurídico, y la aceptación y reconciliación explícita entre el derecho y la moral que habían permanecido por décadas soslayadas, debido al fuerte arraigo del método positivista de corte kelseniana. Por otra parte, está Endicott, autor de “La vaguedad en el derecho”, sostiene una postura bastante peculiar, en torno a la vaguedad como condición inescindible de los sistemas jurídicos. En este sentido, ambos defienden y pugnan por la idea del derecho incierto e indeterminado, a través de caminos no tan distintos, como presentaré a continuación.

La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza Hart, es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de jurista de Oxford no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la coerción y la moral.²³⁸ En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje. Existen en igual medida, casos obvios, fáciles, que aparecen en contextos similares, donde las expresiones normalmente son claramente aplicables. Sin embargo, también existen casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva

²³⁸ HART, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [traducción: Genaro R. Carrió], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 33.

humana presentan a diario, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras.²³⁹

En un principio, Hart se lanza en contra del formalismo jurídico, advirtiendo que este fenómeno se trata de la incapacidad del operador jurídico para individualizar las reglas a cada caso, “consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida.”²⁴⁰ De acuerdo a lo anterior, identifica una “zona de penumbra”, donde serán ubicados los *borderline cases*, es decir, fuera del ámbito de aplicación de las reglas.²⁴¹ Sobre esta tipología podríamos destacar los casos marginales, dudosos, indeterminados y difíciles.

Frente a los “casos difíciles” no será suficiente la formulación del problema jurídico en base a reglas, sino que es indispensable el razonamiento a partir de principios y valores. Esta visión conduce hacia un positivismo más incluyente, aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad. Dicho lo anterior, las posiciones en torno a este debate se han agrupado entre quienes defienden el positivismo jurídico en sentido amplio (coactividad, legislativa e imperativa) y quienes se adhieren a un positivismo jurídico en sentido estricto (coherencia, plenitud y mecanicidad).²⁴²

²³⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 158.

²⁴⁰ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 161.

²⁴¹ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IJ-UNAM, México, 2000, p. 54.

²⁴² ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismos y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; ESCUDERO ALDAY, Los calificativos del positivismo jurídico (El debate sobre la incorporación de la moral), Civitas, Madrid, 2004; HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Gedisa, Barcelona, 2000; MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002; JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.

La concepción de Hart sobre el sistema jurídico se encuentra en contra de la posición hermética del derecho. La idea de la textura abierta y los conceptos jurídicos indeterminados dan posibilidad al intérprete sobre toda una gama de casos dudosos, en donde los jueces tienen la posibilidad “discrecional” acerca de los intereses que se encuentran en conflicto en cada caso en particular, de ahí el área de creación del derecho por los Tribunales, a partir de las reglas dadas a cada caso en particular. Aquí es donde tiene su arraigo el constitucionalismo de principios, al que me referido en líneas previas. La necesidad de concreción de las normas a través de herramientas que permitan al operador asignar su correcto significado, es una de las tareas más complejas en la interpretación y la argumentación jurídicas.

Continuando con esta idea, se encuentra a otro de los autores más significativos y originales de la filosofía del derecho contemporánea. Se trata del pensamiento jurídico del autor Timothy Endicott. Su postura inicial se centra en la idea radical en que la vaguedad es la primera fuente de indeterminación jurídica. Sobre este punto afirma lo siguiente.²⁴³

Las leyes pueden ser precisas, pero un sistema jurídico sin leyes vagas es imposible. La razón es que cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo general una gran variedad de actividad humana [...] los estándares abstractos son vagos, y el Derecho de una comunidad necesariamente incluye estándares abstractos. [...]

Hay una razón final de por qué el Derecho debe ser vago: la regulación de la vida de la comunidad no puede proceder sin considerar a los seres humanos responsables de las acciones.

Es decir, la *vaguedad* se convierte en un rasgo imprescindible y hasta *necesario* del propio derecho. De acuerdo con lo anterior, la teoría interpretativa “debe aceptar la indeterminación del derecho como un resultado de la vaguedad

²⁴³ ENDICOTT, Timothy A.O., “El derecho es necesariamente vago”, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), en *Derechos y Libertades*, Madrid, pp. 184 y 189.

en las consideraciones que son relevantes para emitir un juicio.” Es decir, aquélla no debería negar la indeterminación del derecho, sino todo lo contrario.²⁴⁴ La vaguedad no debe reducirse al aspecto meramente lingüístico, ya que el proceso de interpretación es más que resolver indeterminaciones en el derecho, implica entonces una “atribución de intenciones de comunicación fácticas o contrafácticas”²⁴⁵, esta será una de las diferencias perceptibles de éste en relación con la tesis de Dworkin.

Siendo por consiguiente la vaguedad un rasgo esencial del derecho, el ideal del *imperio de la ley*, se convierte en una aspiración deseablemente incompleta, ya que es imposible que la vida de una comunidad estuviera gobernada completamente por el derecho. “Para tener sentido el imperio de la ley debemos concebirlo como un significado complejo entre la anarquía y la sobre-regulación.”²⁴⁶ Las “dudas” y el “desacuerdo” serán las responsables de la existencia de una cantidad considerable de casos marginales. A primera vista, podríamos pensar que esto se contrapone de alguna forma al ideal de estabilidad y seguridad jurídica sobre el cual quedó cimentado nuestro Estado de Derecho durante el siglo XIX.

Sin embargo, es precisamente el derrumbe de ese paradigma ante el cual asistimos en el siglo XXI. La presencia de Constituciones invasoras como pluralistas y la coexistencia de valores, en ocasiones contradictorios entre sí, son algunos de los desafíos que se presentan hoy en día al operador judicial, la certeza en el derecho como era sostenido antiguamente no existe más y el hermetismo del sistema jurídico que se aferra al ideal de la seguridad jurídica. Hoy en día, los Estados Constitucionales van más allá del formalismo, así como los

²⁴⁴ ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 241.

²⁴⁵ ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 252.

²⁴⁶ ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 287.

valores clásicos como la generalidad y abstracción de la ley como únicas e inalterables.²⁴⁷

2.1.2.2.1 La discrecionalidad judicial y los mecanismos de interpretación del juez: zonas de penumbra y el plano de la indeterminación

Ahora bien, el hecho de que existan mecanismos de interpretación en el derecho para el correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial, no implica que esas mismas herramientas erradiquen por completo la indeterminación. Conforme a esta idea, Endicott ha manifestado lo siguiente.²⁴⁸

- (i) esos recursos generalmente son consideraciones de principios;
- (ii) los mismos solamente eliminan indeterminaciones si tienen una *característica estructural especial*—la precisión; y
- (iii) las consideraciones de *principios* carecen generalmente de esta característica.

Otra de las cualidades de su doctrina, reside en el escepticismo hacia la discrecionalidad judicial que pugna el Juez Hércules, la cual debe encontrar una justificación precisa en la aplicación de un principio en concreto ante un caso difícil, pues se deben tomar en cuenta, más allá de los elementos semánticos, el mejor método para dotar de pleno contenido a los principios que actúan en los casos concretos. Para el autor, no es posible que un Juez pueda alcanzar la aplicación correcta de principios, siguiendo únicamente sus propios criterios. Aunado a este hecho, admite que es difícil encontrar una distinción clara entre la interpretación y la invención, pues la frontera es muy estrecha, ya que los alcances de la misma son muy variados, además de requerir un proceso de precomprensión sobre el posible grado de indeterminación aplicable a cada caso.

²⁴⁷ REAL, J. Alberto del, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, p. 694.

²⁴⁸ ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, op. cit., p. 247.

Considero que una de las mejores virtudes de esta tesis, es atacar directamente el postulado acerca de que no es posible la existencia de una herramienta que permita eliminar por completo la vaguedad de los sistemas jurídicos. Asimismo, hace hincapié en que el empleo del arsenal teórico que ofrece Dworkin en torno a la concepción de principios y directrices, tampoco es suficiente, ya que estos instrumentos a pesar de que están a disposición del juez, siempre requieren de un proceso de precomprensión del contexto, para ser dotados de sentido.

Si bien, lo anterior, parecería destruir la concepción que pretendo defender, en torno a la defensa del principio de proporcionalidad como una herramienta de la dogmática y argumentación constitucional, también es cierto que las tesis de la indeterminación, no necesariamente se encuentran reñidas con el positivismo jurídico. Inclusive, Endicott ha manifestado su compatibilidad con las teorías tanto iusnaturalistas como iuspositivistas. Y aún mejor, la tesis del principio de proporcionalidad como canon hermenéutico, permite dotar de significado y contenido a los derechos fundamentales, a través de procesos de comprensión en situaciones concretas y específicas, donde se encuentren involucrados principios constitucionales.

Abona a lo anterior, el contexto de las normas constitucionales, y su inherente vaguedad en los términos en los que se encuentran redactadas. La indeterminación semántica, estructural y fáctica, son claros ejemplos del complejo proceso de asignación de significado a los derechos fundamentales. El primer tipo de indeterminación, hace referencia a la inexistencia de un significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental. La indeterminación *estructural* tiene relación con la univocidad del lenguaje de los derechos, mientras que la

indeterminación *fáctica* tiene relación con la realidad en la que debe quedar subsumida la norma de derecho fundamental.²⁴⁹

La indeterminación de las normas constitucionales, como afirma Müller, implica que puedan ser concretados en menor medida, a partir del texto normativo. De acuerdo con esto, las disposiciones de derecho constitucional no pueden ser aplicadas como meras prescripciones, sino que deben ser concretadas en relación al caso en particular. Lo cual, implica alejarse de una visión formal a través de un método que tome en cuenta la realidad social en la que es aplicada una norma de derecho constitucional.²⁵⁰ La solución a este complejo problema de indeterminación normativa exige parámetros de control que eviten el vaciamiento del contenido de los derechos fundamentales. Uno de estos criterios, es la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales. El empleo del principio de proporcionalidad es una de las mejores herramientas de la dogmática constitucional para la asignación de un significado concreto a los derechos fundamentales, sin afectar su contenido esencial, esta situación será analizada en el apartado II del presente capítulo.

De esta manera, no sugiero que esta herramienta elimine por completo la vaguedad existente en determinado ordenamiento jurídico, pero si puede brindar herramientas al interior de la argumentación jurídica que permitan acercarnos a una mejor racionalidad en el proceso de conflictualización entre principios constitucionales. El sostener una visión determinista, que pretenda buscar de manera omnipotente la completitud del derecho, me parece arriesgada y propia de una metodología bastante ortodoxa en los sistemas jurídicos actuales. No considero que sea pertinente, en el marco de un Estado Constitucional, donde

²⁴⁹ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 120 y ss.

²⁵⁰ MÜLLER, Friedrich, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*, [*Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*], GÓMEZ DE ARTECHE, Salvador (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 267 y ss.

persisten en las sociedades modernas una pluralidad de valores, el sostener una visión aquilatada, y por consiguiente, que no se reconozca la imperfección del sistema, así como la posible solución de sus lagunas a través de un ejercicio moderado de la discrecionalidad judicial.

Si bien, el principio de proporcionalidad reconoce a los principios constitucionales y los hace parte fundamental de su teoría, su empleo por el juez constitucional debe tener por objetivo, no la completitud o el engañoso objetivo formalista de pretender que sea la herramienta con la que se puedan encontrar todas las respuestas posibles a todos los casos que se le presenten, sino justificar a través de una metodología bien estructurada (proporcionalidad) para confrontar los principios, y optimizar, en la mejor medida de lo posible el contenido de cada uno de ellos, para asignar y dotar de significado, de esta manera, la interpretación será entonces holística e integradora del pluralismo valorativo que subyace en determinada sociedad. En tal sentido, el principio de proporcionalidad no puede concebirse como una herramienta autónoma en este proceso de comprensión, sino que debe ir acompañada de una seria metodología interpretativa y de una o más teorías materiales de los derechos fundamentales.

2.1.2.3 La interpretación tradicional de las leyes en México en el marco de la tesis de la indeterminación y discrecionalidad judicial

La interpretación jurídica de las normas en México puede ser calificada de asistemática e inconstante. Las leyes distan mucho de ser explícitas y claras, y por el contrario, en el proceso legislativo y la ciega confianza hacia el legislador prevalece sobre la interpretación, lo que ocasiona que el juez se vea impedido para desarrollar amplia e íntegramente su función.²⁵¹ Históricamente, en México la discrecionalidad administrativa estuvo garantizada desde la ley o decreto, hasta en instituciones que consolidan la autoridad ejecutiva, como la negativa ficta, los tribunales administrativos, el ministerio público, la facultad de nombramiento, el

²⁵¹ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "La interpretación jurídica en México", en *Isonomía*, no. 5, México, Octubre 1996, pp. 65-76.

manejo presupuestario, el mando exclusivo de la fuerza pública desde el ejército hasta la policía municipal, la irresponsabilidad política del ejecutivo federal, la indefinición de la responsabilidad penal, lo cual convertía al poder ejecutivo como el supremo soberano que prevalecía sobre la norma jurídica.²⁵²

Las herramientas conceptuales utilizadas mayormente por los Tribunales en el país para llevar a cabo procesos de interpretación resulta ser la jurisprudencia. La interpretación judicial, fue desarrollándose a partir de la reglamentación del juicio de amparo. “El origen del Juicio de Amparo como la Secretaría de Guerra en tiempos del Presidente Porfirio Díaz desobedecía las resoluciones de los jueces que amparaban a los ciudadanos que solicitaban la protección y el amparo de la justicia federal, cuando estos eran obligados a alistarse en el ejército.”²⁵³ Por lo tanto, la solución a este problema que vislumbró el jurista Ignacio Vallarta, fue la jurisprudencia. Al respecto, autores como Manuel González Oropeza han denunciado algunos equívocos y críticas en torno a la interpretación judicial, “los jueces los jueces poseen una nominal facultad interpretativa anclada en el principio de respeto literal de la ley cuya máxima expresión ha sido la jurisprudencia, obligatoria tan solo para los jueces, y que ha reiterado en la mayoría de los casos el texto de los preceptos legales, sin mayor esfuerzo por dinamizar su significado.”²⁵⁴ Otro de los factores que inciden en este fenómeno, ha sido el monopolio interpretativo que detenta el Poder Judicial de la Federación hasta el 2011, como ya hemos apuntado en la última parte del capítulo primero.

La jurisprudencia tiene, desde hace más de 50 años, el rango constitucional y poco más de 125 años, de ser obligatoria para los Tribunales del Poder Judicial. Una de las críticas mejor formuladas por la doctrina, ha sido aquella relacionada con la metodología utilizada para reportarla, pasando de ser de una simple

²⁵² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (Comp.) *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 239.

²⁵³ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (Comp.), *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 250.

²⁵⁴ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, *op. cit.*, p. 239.

²⁵⁴ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, *op. cit.*, p. 254.

directriz interpretativa a la creación de reglas rígidas por los operadores jurídicos, convirtiéndose en meras “abstracciones obtenidas de las sentencias” emitidas por el Poder Judicial Federal, es decir, en una especie de codificación de las sentencias, en lugar de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, dejando de lado el verdadero contexto constitucional a partir del cual surgen. Cabe advertir que en México, la jurisprudencia tiene varias formas de ser creada²⁵⁵, pero finalmente, es plasmada formalmente a través de textos generalmente cortos, denominados: “tesis”. El máximo Tribunal del país ha definido a la misma de la siguiente manera.

1. Una tesis consiste en la expresión por escrito, en forma abstracta, del criterio de interpretación de una norma jurídica con el que se resolvió un caso concreto. Luego, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución.
2. La tesis no contendrá en su texto datos concretos (nombres de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica, y en segundo lugar, la ejemplificación.²⁵⁶

Lo anterior quiere decir que las Tesis publicadas no guardan relación con la resolución misma, ni con el caso que la produjo, sino que constituyen una abstracción, con pretensiones de interpretación de las normas aplicadas. Manuel González Oropeza ha denunciado esta falta de sistematización en la jurisprudencia mexicana, advirtiendo que la reiteración de cinco ejecutorias, que a

²⁵⁵ Existen cuatro mecanismos de creación de jurisprudencia por órganos del Poder Judicial de la Federación: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación. Artículos 192 y 197 de la Ley de Amparo. La jurisprudencia es obligatoria conforme al artículo 192 de la mencionada Ley para las autoridades jurisdiccionales, sean del Poder Judicial de la Federación, de los poderes judiciales locales, de los tribunales administrativos, agrarios y laborales.

²⁵⁶ Acuerdo II/88, relativo a la aprobación del instructivo para la elaboración de tesis. Publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Enero a Junio de 1988 y Apéndices, Primera Parte-1, Página 507.

su vez derivan en las tesis, únicamente se dedica a abstraer los principios sobre los que se deciden esos casos particulares, modificando la intención original de los creadores del Semanario Judicial de la Federación. En adición a lo anterior, añade que desde 1988, las tesis han sido definidas por la misma Suprema Corte como criterios abstractos de interpretación de las normas jurídicas aplicadas a los casos resueltos, que prescinden de los datos concretos que inspiraron la resolución, descartando la obligación de resumir las resoluciones que se derivan las tesis de jurisprudencia.²⁵⁷

Uno de los criterios que ha limitado la labor de los operadores jurídicos en México ha sido la interpretación auténtica de las normas, la cual es una herencia del artículo constitucional 72, inciso f),²⁵⁸ limitando la posibilidad del *judicial review* en México. Durante el siglo XIX, los jueces no podían tener otras funciones más que las de juzgar y hacer que se ejecutara lo juzgado, por lo que sus sentencias en todas las causas civiles, deberían de contener la expresión de los hechos, según resultare del proceso. Algunos estados de la Federación como Tamaulipas, iban al extremo de sancionar con remoción de la autoridad, si ésta se atrevía a interpretar la ley. Al respecto se ha sostenido.

La rigidez de la interpretación auténtica de las leyes fue tan intolerable e irrealizable que la consolidación del juicio de amparo fue permitiendo, a la autoridad judicial, la utilización de una interpretación “jurídica” aplicable al caso concreto sin declaraciones generales, llegando a ser reconocida normativamente hasta la modificación del artículo 14 del proyecto de la Constitución de 1917.²⁵⁹

²⁵⁷ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67

²⁵⁸ El precepto referido establece: “F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.”

²⁵⁹ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia, op. cit.*, p. 34.

De lo anterior, se puede advertir la escasa construcción de una dogmática jurisprudencial en torno a la interpretación de las normas jurídicas. Situación que resulta lamentable, ya que los criterios interpretativos que derivan del propio Poder Judicial son realmente escasos hasta hace poco más de una década. Subrayo la importancia de esto, ya que, es realmente en el corazón de Jurisprudencia a través de la cual el juzgador plasma la racionalidad de sus decisiones judiciales y establece directrices por medio de las cuales los operadores del derecho llevarán a cabo los procesos de razonamiento judicial. A pesar de ello, los criterios emitidos por el máximo Tribunal mexicano durante los años setenta y ochenta, sostenían que la jurisprudencia no constituía “una legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador”, así como que “su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio.”²⁶⁰ Esta interpretación se encuentra impregnada por el legalismo y el estatalismo, que debilita fuertemente la intención de los juristas clásicos para ser innovadores y creativos en solucionar los casos que ante ellos se presentan.

De acuerdo a la jurisprudencia mexicana, no existen criterios unánimes ni definitivos en torno a la interpretación de la ley. Sin embargo, uno de los primeros que aparece es el gramatical,²⁶¹ de corte letrista y reduccionista del significado de los preceptos legales, llegando incluso a reconocer al diccionario de la Real Academia como una fuente más del derecho. A mediados de los años veinte, se adiciona el criterio teleológico como método para interpretar la Ley, en un caso donde el actor demandaba en contra de la autoridad, la intención de tratar de encontrar el espíritu de la ley.²⁶² Un año después se adicionaría: “la interpretación de las leyes debe ser, siempre que proceda, en el sentido de la coexistencia y armonía de los diferentes artículos entre sí, y no en el de su

²⁶⁰ JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Cuarta Sala, vols. 121-126, quinta parte, p. 129.

²⁶¹ INTERPRETACION DE LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación* Localización: Tomo XIV Materia(s): Común, p. 1458.

²⁶² INTERPRETACION DE LA LEY. *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Tesis Aislada, quinta época, pleno, XVI, pág. 1133

exclusión.”²⁶³ Posteriormente, el 12 de febrero de 1934, la Primera Sala de la SCJN, reconoce como “elementos” de interpretación de la ley los siguientes.²⁶⁴

1. El análisis gramatical del artículo que se trata de interpretar,
2. El estudio de *las circunstancias de organización social* existentes en la fecha en que fue expedida la ley, y,
3. El estudio de los *antecedentes* históricos.

Si bien, en un principio la Suprema Corte reconoce que se trata de “elementos” de interpretación de la ley, tal y como Savigny lo proponía en su obra: *El espíritu del Derecho Romano*, tiempo después este criterio se modifica, para establecer que se tratarán de métodos de interpretación de la ley, optativos, y no enunciativos.²⁶⁵ De esta manera, se incorpora el criterio de Savigny, el cual se refería a la interpretación como: “la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro) expresado en la Ley en cuanto sea conocible en la ley”, advirtiendo al contrario de la Corte mexicana, que dichos elementos no eran optativos, sino obligatorios seguir para la correcta interpretación de las leyes.²⁶⁶

Subsecuentemente, las tesis publicadas durante finales de los años treinta, procuran ser menos reduccionistas, y amplían al aspecto constitucional y de derechos de los inculpados la interpretación gramatical.²⁶⁷ Asimismo, se

²⁶³ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIX, p. 18.

²⁶⁴ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XI, p. 1392. Tesis Aislada. Este aspecto será discutido de manera más abundante cuando analice el giro conceptual que dan los jueces mexicanos a finales de los años ochenta de “elementos” a “métodos” de interpretación de la ley.

²⁶⁵ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192

²⁶⁶ Savigny, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [traducción: M. Ch. Guenox], [vertido al castellano: Jacinto Mesía y Manuel Poley], [prólogo: Manuel Durán y Bas], F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.

²⁶⁷ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. *Segunda Sala (25 de agosto de 1938)*. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVII, p. 2004. Tesis Aislada.

LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS. *Segunda Sala (8 de septiembre de 1938)*. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVII, p. 2580. Tesis Aislada.

adicionaría la presunción de constitucionalidad de las leyes, en relación a la interpretación de las leyes ordinarias.

LEYES ORDINARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS.²⁶⁸

Debe hacerse siempre en términos constitucionales válidos, esto es, debe prevalecer en la mente del juzgador la premisa de que el legislador no trató de expedir leyes contrarias a los textos constitucionales, y así entender su contenido de acuerdo con las normas generales establecidas por el constituyente.

Posteriormente, se modificaría el criterio prohibitivo, en torno a la interpretación realizada por las autoridades administrativas.²⁶⁹ La mayor parte de los criterios hasta ahora referidos, sostienen una visión conservadora y estatalista del control judicial de las leyes, así como la dimensión interpretativa de las normas jurídicas. Cabe advertir que el juez mexicano, hasta los años ´40, sólo reconocerá la necesidad de interpretación cuando las normas son “imprecisas, de manera que su aplicación haga necesario acudir a sus fuentes, a la finalidad que se propuso el legislador y a otros medios legales que conduzcan a dilucidar cuál fue la intención de éste; pero cuando las leyes son claras y precisas y de su simple lectura es posible percatarse de los casos que comprenden, no ameritan interpretación ninguna y deben aplicarse literalmente.”²⁷⁰

En este sentido, los criterios jurisprudenciales en México se distinguía entre los casos donde no existe la imprecisión normativa, motivo por el cual era necesario hacer una aplicación literal de la ley, y cuando no lo fuesen, se llevaría a cabo una interpretación gramatical o teleológica. Es decir, para el juzgador mexicano la mayor parte de los casos judiciales se trataban de casos “fáciles”, si empleamos la terminología hartiana. Durante la década de los cuarenta, se

²⁶⁸ Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXVI, p. 706.

²⁶⁹ LEYES, INTERPRETACIÓN DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LIX, 2a. Sala; S.J.F., p. 2889.

²⁷⁰ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXIV, p. 1451. 23 de abril de 1940. LEY INTERPRETACIÓN DE LA. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXI, p. 2244.

reconocería la interpretación analógica, ya prevista por el artículo 14 constitucional como criterio interpretativo, en aquellos casos “cuando existe relación o semejanza entre casos expresados en alguna ley y otros que se han omitido en ella.”²⁷¹ En este mismo sentido, se encuentra la inducción como mecanismo para concretar la ley a los casos en específico.²⁷² A finales de la década de los ´40 se crearía un criterio extraño y muy peculiar, en torno a las “reglas de interpretación de la ley” a partir de las siguientes “fuentes”.²⁷³

- a) a la fuente "auténtica", que es aquélla en donde el legislador expresa de manera concreta su pensamiento y su voluntad;
- b) a falta de ella, a la fuente "coordinadora", buscando una tesis que haga posible la vigencia concomitante y sin contradicciones de los preceptos en posible antítesis;
- c) a falta de las dos; a la fuente "jerárquica", en donde, al definirse el rango superior, ético, social y jerárquico, de una ley sobre la otra, se estructura, de acuerdo con aquélla, la solución integral del problema;
- d) y a falta de las tres, a la fuente simplemente "doctrinal" que define cual de las disposiciones a debate ha de conservar la vigencia, por su adecuación a los principios generales del derecho, a la filosofía y a las corrientes del pensamiento contemporáneo jurídico-penal.

Reitero, a mi parecer, el criterio anterior es un tanto oscuro, pero buscaba establecer reglas rígidas de interpretación a manera de técnica interpretativa, más allá de criterios o directrices que permitieran al juzgador llevar a cabo un proceso más creativo. Convirtiendo quizá la interpretación constitucional en una labor de mera lógica formal, simple y bajo un molde de Estado de derecho decimonónico, donde los conflictos normativos debían ser resueltos conforme a los clásicos brocados de la antigua jurisprudencia romana, que si bien no son malos, se

²⁷¹ INTERPRETACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXV, p. 3890. 23 septiembre de 1940.

²⁷² INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. [TA] 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXIX, p. 5084. 8 de marzo de 1944.

²⁷³ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, REGLAS DE LA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo XCVIII, p. 2038. 23 de Agosto de 1948.

desligan del complejo entramado constitucional en la cual debe pensarse la labor de los operadores jurídicos.

Sin embargo, también existieron algunos precedentes que nos permiten advertir que no toda la actividad hermenéutica de la Suprema Corte se haya desarrollado bajo un esquema formalista, no obstante, me parece que en ocasiones en este tipo de precedentes también se pretendía razonar basados en argumentos retóricos, más allá del establecimiento de parámetros claros y precisos que debían seguir los intérpretes judiciales al momento de llevar a cabo la labor interpretativa, como sucede a continuación en un criterio judicial emitido en los años ´50.

Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social.²⁷⁴

Inclusive, de manera furtiva y azarosa, la jurisprudencia mexicana abordaría el tema de la hermenéutica jurídica, los principios generales de interpretación y los casos de excepción, pero de manera tibia y escueta.²⁷⁵ Durante esta misma década de los ´50 se retrocedió sustancialmente en los criterios, cuando se determinó que la interpretación “correcta” era la teleológica,²⁷⁶ y años más tarde se

²⁷⁴ INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 984.

²⁷⁵ INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI, p. 1355.

²⁷⁶ INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXIII, p. 666. Primera Sala (8 de junio de 1953).

exponía que “el legislador no expresa en sus dispositivos legales palabras inútiles o redundantes”²⁷⁷, llegando al absurdo de elevar este último razonamiento a la categoría de principio de “hermenéutica jurídica” o sentenciando que la misma interpretación gramatical “no daba lugar a dudas”²⁷⁸, y reiterando que en aquellos casos “claros” no existía la necesidad de interpretación, pues se correría el riesgo de violar el principio de seguridad jurídica, entendido éste como derecho fundamental.²⁷⁹

Asimismo, se determinaron las reglas interpretativas de las resoluciones civiles cuando las normas fueran “oscuras”, pero sin esclarecer ni precisar los parámetros de esa “oscuridad” y “ambigüedad”,²⁸⁰ previniendo al juez para no contradecir las leyes a través de la jurisprudencia.²⁸¹ Durante los años sesenta, el Poder Judicial se limitó únicamente a establecer el concepto de jurisprudencia y diferenciarlo con el de la ley, manifestando que la interpretación era “desentrañar el sentido”, mientras que la jurisprudencia era la “obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley”²⁸², es decir, era una interpretación de la misma y no una ley ni en sentido formal como material.²⁸³

Fue hasta el año de 1987, cuando se determina la existencia de “instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional” para llevar a cabo la labor interpretativa, siendo estos, en caso de inexistencia de una interpretación

²⁷⁷ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 839. Segunda Sala (28 de julio de 1955).

²⁷⁸ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Sala Auxiliar (24 de agosto de 1955).

²⁷⁹ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Cuarta Sala (5 de octubre de 1955).

²⁸⁰ LEY, INTERPRETACIÓN DE LA, EN LAS SENTENCIAS. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXVIII, p. 231. (20 de abril de 1956).

²⁸¹ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXXII, p. 263. Cuarta Sala (6 de mayo de 1957).

²⁸² INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLIX, segunda parte, p. 58. Primera Sala (24 de julio de 1961).

²⁸³ JURISPRUDENCIA, NO ES LEY SINO INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen LII, segunda parte, p. 53. Primera Sala (26 de octubre de 1961).

gramatical o auténtica, los “métodos” gramatical, lógico, sistemático o histórico.²⁸⁴ Tal y como decía líneas arriba, la Suprema Corte determinó en principio que se trataba de “elementos” de interpretación de la ley, lo cual era correcto desde la perspectiva teórica; sin embargo, dicho criterio fue modificado, a través de la tesis que enunciamos arriba.²⁸⁵ Se incurre en una confusión conceptual por parte de la jurisprudencia, ya que se tilda de método y no de elementos a los cuatro criterios distinguidos por Savigny, inclusive bajo su advertencia de éste último autor, de que se trataban de elementos obligatorios y no de métodos optativos como lo estableció de manera errónea la jurisprudencia mexicana.²⁸⁶

Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar.

Gramatical: análisis del lenguaje de las leyes;

Lógico: la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus partes;

Histórico: tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada; y,

Sistemático: su objeto es el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad.

De ahí que, inclusive los intérpretes contemporáneos, hayan entendido erróneamente, al desacreditar la teoría, manifestando que existen cuatro métodos (optativos) para la interpretación de la ley, cuando en realidad lo que quiso decir

²⁸⁴ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 217-228, sexta parte, p. 353. *Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (25 de noviembre de 1987)*.

²⁸⁵ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192

²⁸⁶ SAVIGNY, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [traducción: M. Ch. Guenox], [vertido al castellano: Jacinto Mesía y Manuel Poley], [prólogo: Manuel Durán y Bas], F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.

Savigny era que en la interpretación de la ley concurren cuatro elementos, actualizando así el pensamiento del jurista alemán a la realidad interpretativa del ordenamiento jurídico mexicano. Tiempo después, se recorrería este mismo camino, a través del establecimiento de criterios a partir de la interpretación “armónica”, es decir, con las demás normas del ordenamiento jurídico.²⁸⁷

No obstante lo anterior, esta última sistematización propuesta en la jurisprudencia mexicana coincide parcialmente con los criterios sostenidos por la tradicional teoría de la interpretación jurídica, que más allá de desentrañar la voluntad objetiva y subjetiva de las normas, en el contexto de la indeterminación constitucional, debería ocuparse de aspectos más complejos, holísticos e integradores en el contexto de la indeterminación constitucional. Tal y como advierte Hesse, “restringirse a las reglas tradicionales de la interpretación supone[...] en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que sólo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si, frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad.”²⁸⁸

Siguiendo lo anterior, las técnicas de la interpretación jurídica son determinantes y necesarias hasta cierto punto en el ámbito constitucional, más no aplicables en todos los casos, y con mayor razón los casos difíciles o complejos que serán motivo de análisis en esta investigación. La técnica defendida por Ricardo Guastini es útil para explicar el fenómeno interpretativo tradicional. El autor citado clasifica la interpretación jurídica en *literal* y *correctora*.

²⁸⁷ INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo II, Primera Parte, julio a diciembre de 1988, p. 22. Pleno (18 de agosto de 1988).

²⁸⁸ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011, p. 59

La primera, apela al significado ordinario de las palabras y no admite otro significado más que el literal, “el argumento se rige por la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo.”²⁸⁹ De acuerdo a esto, creo que encaja perfectamente el tipo de interpretación teleológica que define la propia jurisprudencia mexicana. El otro tipo es la *interpretación correctora*, en ella entran todas las otras interpretaciones posibles, con excepción de la literal, y sirve para colmar lagunas existentes en las situaciones fáctico-jurídicas donde se aplican las normas. La misma tiene dos variantes, *restringir* el significado literal de la norma o *ampliarlo*, lo que se pudiera denominarse como interpretación *extensiva* y *restrictiva* correlativamente.

La interpretación, *extensiva*, “extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él”²⁹⁰, la cual no debe ser confundido con la creación de una nueva norma. Los argumentos que auxilian a este tipo de interpretación extensiva son principalmente dos: el *argumento a fortiori* y el *argumento a simili o analógico*. El primer argumento, es el resultado de la argumentación y no es tanto la interpretación de una disposición preexistente cuanto la formulación de una nueva norma. Este último argumento tiene dos variantes: *A fortiori a majori ad minus* y el *A fortiori argumento a minori ad majus*. Mientras que el *argumento a simili o analógico*, consiste en “la extensión analógica”²⁹¹ de una norma presupone la previa identificación de su llamada ratio, es decir, de la razón o motivo, el objetivo por el que fue dispuesta la norma.”²⁹²

²⁸⁹ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 28; GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio” en *Doxa*, no. 4, 1987, pp. 87-117.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 33.

²⁹¹ La analogía consiste en la aplicación de un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma. Se suelen distinguir dos tipos de analogía: la *Analogía legis*: a la aplicación de una norma en particular a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella y la *Analogía iuris*: al recurso de un principio general de derecho. Vid. GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 57. “El discurso práctico en general y la racionalidad de la praxis jurídica en particular descansan sobre la analogía, concebida como aquella instancia más elemental del pensamiento que establece las estructuras de semejanza, relación, coherencia y proporcionalidad.

Dentro de la clasificación de interpretación correctora está la *interpretación restrictiva*, que restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él.²⁹³ En igual sentido, como una especie de interpretación correctora se encuentra la *interpretación sistemática*, definida como aquella que en la práctica siempre que, para decidir el significado de una disposición, no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino al contexto en el que está situada. Tal contexto puede ser más o menos amplio: los demás apartados de un mismo artículo, el resto de los artículos de una misma ley, hasta llegar incluso a la totalidad de las disposiciones que componen un sistema jurídico.²⁹⁴ Esta definición resulta ser, más o menos coincidente con la conceptualización realizada por los jueces mexicanos.

De igual manera, pasa lo mismo con la interpretación *histórica* definida por el autor italiano como: aquella que busca corregir el significado histórico de las palabras, adaptándolo- por así decirlo- a los tiempos, a las cambiantes circunstancias sociales y culturales. Del otro lado, está la interpretación evolutiva, que se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etc.) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (evolucionar) asimismo el modo de interpretarla [...] tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico, es decir, va a la *naturaleza de las cosas*.²⁹⁵ En este sentido, pienso que difiere con la propuesta de la jurisprudencia mexicana, ya que ésta tiene como objeto de estudio

Pero además de ser el instrumento principal de la articulación del discurso jurídico racional, en el contexto de una ontología cumple como función específica la tarea de integración y autoreproducción continua (autopoiesis) del orden jurídico". SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 136. Vid. KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, Temis, Bogotá, 1998; MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978; GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 1989; GONZALEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

²⁹² GUASTINI, Ricardo, "Técnicas interpretativas" (Trad. de Marina Gascón) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 37-38.

²⁹³ GUASTINI, Ricardo, "Técnicas interpretativas", *op. cit.*, p. 39.

²⁹⁴ GUASTINI, Ricardo, "Técnicas interpretativas", *op. cit.*, p. 40.

²⁹⁵ GUASTINI, Ricardo, "Técnicas interpretativas", *op. cit.*, pp. 50-51.

únicamente “el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada” y no la evolución y vigencia que se puede dar a un precepto legal conforme a las situaciones y contexto actuales, lo que sí sucede con la interpretación de las normas constitucionales.

Por otra parte, a finales de los años ochenta se va gestando por primera vez una distinción entre la interpretación de las normas legales y la interpretación constitucional.²⁹⁶

INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS.

El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia -pasada la época del legalismo-, se ha convertido en una fuente del Derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones,

²⁹⁶ [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 419.

convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.

Del anterior criterio, destaca el reconocimiento de la eficacia normativa de la Constitución, así como la denuncia del formalismo jurídico y del positivismo decimonónico y la subsecuente atadura del juez a interpretar de manera mecánica las leyes, en contraposición, pone de manifiesto, la labor “creadora” del intérprete judicial, reconociendo los valores y principios constitucionales y advirtiendo sobre la incidencia que tiene la realidad social como una fuente más del derecho. Sin embargo, los criterios posteriores reducen el aspecto interpretativo a cuestiones meramente gramaticales en relación al “método sistemático”, volviendo a convertir la interpretación jurídica a técnica judicial²⁹⁷, y volviendo a reiterar los métodos que antes habían establecido para la interpretación judicial.²⁹⁸

Es a partir de la novena época cuando en realidad puede hablarse de una verdadera teoría constitucional en el Poder Judicial de la Federación, tesis defendida por José Ramón Cossío, y la cual comparto plenamente. Aunque en la primera parte de este periodo, los criterios se limitaban únicamente a establecer las reglas interpretativas para las materias civil y penal, respectivamente.²⁹⁹ Destaca igualmente la prevalencia del reconocimiento hacia los valores y principios del ordenamiento jurídico, como instrumentos para alcanzar a conocer la intención del legislador en consonancia con los valores democráticos plasmados

²⁹⁷ INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DE LAS LEYES. DEBE REALIZARSE EN RELACIÓN CON EL MÉTODO SISTEMÁTICO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 420.

²⁹⁸ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA]; 8a. Época; 3er T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Abril de 1991, p. 192.

²⁹⁹ JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL. INTERPRETACIÓN DE LA LEY CON EFECTOS EXTENSIVOS Y DE EXCEPCIÓN. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Junio de 1996, p. 863.

en el propio texto constitucional, y de esta forma, cumplir con los fines de la interpretación “genético-teleológica”.³⁰⁰

Siguiendo con la interpretación de normas constitucionales, se ha determinado que para fijar el justo alcance de una disposición, aunado al análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es posible acudir a la “interpretación histórica tradicional como histórica progresiva.” La cual debe atender “a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio”.³⁰¹ En este sentido, la prohibición y atadura a los jueces ha desaparecido paulatinamente del Poder Judicial de la Federación, al reconocer que puede disponerse del criterio más adecuado para resolver el caso en concreto, pero con ciertas reticencias, al determinar que el primer criterio debe ser el literal, en respeto al principio de legalidad y seguridad jurídica, contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal.

Finalmente, se ha reconocido en un primer momento a la interpretación conforme como una herramienta en la labor judicial, entendida como aquella “de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales [...] a fin de lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional.”³⁰² Posteriormente, y hasta la Décima Época, se ha determinado las directrices de aplicación en sentido

³⁰⁰ INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, Abril de 1998, p. 117.

³⁰¹ INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Tesis: P./J. 61/200 [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Junio de 2000, p. 13.

³⁰² INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. Tesis: I.4o.A. J/41; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Agosto de 2005; p. 1656.

amplio y estricto, los cuales han quedado explicitados en la última parte del capítulo anterior.³⁰³

Sin duda, la ausencia de sistematicidad en los criterios interpretativos por el PJF resulta ser uno de los principales problemas en la interpretación jurídica en México. Durante décadas, ha prevalecido la idea de completitud del ordenamiento jurídico, a partir de criterios gramaticales y literales de las normas jurídicas. Inclusive, apenas a mediados de los años noventa, dicha visión fue modificada paulatinamente hacia una construcción de conceptos y teorías que han permitido a los operadores jurídicos resolver casos de manera más creativa e innovadora, realizando la visión principialista y axiológica del texto fundamental. Los métodos que más han prevalecido para interpretar las normas son el literal, gramatical, sistemático y el histórico, inclusive hasta apenas iniciado el presente siglo (2004), la Corte ha virado hacia nuevos métodos de interpretación como el principio de proporcionalidad, como herramienta de la hermenéutica constitucional para resolver casos difíciles y ayudar a disminuir la indeterminación del sistema jurídico.

La interpretación judicial debe encontrarse orientada hacia los hechos, en el sentido que el punto de partida, no es únicamente el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. De tal forma que, los jueces no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo “en abstracto”, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma.³⁰⁴ Por consiguiente el razonamiento judicial en una resolución se debe componer tanto en la motivación en derecho y como en hechos.³⁰⁵

³⁰³ PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Tesis: P. LXIX/2011; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo I, p. 552.

³⁰⁴ GUASTINI, Ricardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, (trad. Miguel Carbonell) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 20.

³⁰⁵ COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999, p. 71.

Asimismo, considero que debe ser entendida como un fenómeno social, ya que ésta “no sólo es significativa la relación entre quien dicta el texto (el legislador) y quien lo interpreta (el juez o en funcionario de la administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica.”³⁰⁶ En este sentido, la interpretación jurídica es un hacer creador de derecho, tanto metodológica como sustancialmente, ello reside en la innumerable cantidad de principios que el intérprete debe aplicar en su labor cotidiana.³⁰⁷

La función de la hermenéutica jurídica es precisamente concretar la ley en cada caso. Este proceso es originado a través de la complementación productiva del derecho, donde tiene su función el juez. Es decir, frente a una estática jurídica perteneciente a un ámbito de lógica jurídica formal debe anteponerse una dinámica jurídica que supere los obstáculos del positivismo, receloso de la “discrecionalidad” que utiliza el juez al momento de interpretar. En este sentido, para Gadamer el comprender: “debe pensarse menos como una acción de la subjetividad, que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación”.³⁰⁸

Una herramienta útil para la práctica cotidiana en la labor judicial es la hermenéutica de Gadamer, la cual se basa en la experiencia humana desde el esquema de la comprensión, identificando la fenomenología de la comprensión con la fenomenología de la existencia humana. El referido autor, destaca que para la correcta comprensión es necesario recurrir a los prejuicios, o precedentes, dada la condición histórica a la que está sujeta la misma interpretación. En este punto advierte sobre la situación de la precomprensión. Lo que pretende la hermenéutica en sí, es la correcta comprensión de los textos, a partir de una dimensión

³⁰⁶ AARNIO, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000, p. 27.

³⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito) Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, p. 613. Vid. también GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II*, (trad. de Manuel Olasagasti) Ediciones Sígueme, Salamanca, 1994.

³⁰⁸ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, op. cit., p. 360.

individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación.

La hermenéutica no es, pues, una deducción en el sentido exacto de la palabra. Es aquí donde aquélla ofrece su apoyo más interesante para la interpretación en la dogmática jurídica.³⁰⁹ Con la finalidad de acercar en el tiempo este proceso comprensivo, retoma la teoría del movimiento circular del filósofo Heidegger, condicionando de esta manera la comprensión a través de la ampliación de la unidad de sentido que se pretende entender, de tal suerte que esta comprensión se realice de acuerdo a un movimiento circular, la idea es acercar la distancia entre el tiempo y la época de lo que se pretende comprender, tratando de alcanzar un punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertinencia a una tradición.³¹⁰ Esta visión es holística y proporciona innumerables elementos para entender mejor el contexto de lo que se trata de comprender.

Otro de los elementos de este círculo hermenéutico es el principio de la historia efectual. Gadamer se refiere a este concepto cuando se adquiere una concientización de la situación hermenéutica, esto podría ser traducido en el mundo de la justificación de las decisiones judiciales como aquella fase en la cual, nos percatamos de la situación y el contexto en el que se emitirá una decisión judicial. Asimismo, se encuentra el concepto de horizonte, el cual se define como el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. “El horizonte es más bien algo en lo que hacemos nuestro camino y que hace el camino con nosotros. El horizonte se desplaza al paso de quien se mueve. También el horizonte del pasado, del que vive toda vida humana y que está ahí bajo la forma de tradición, se encuentra en perpetuo movimiento”³¹¹. En este sentido, el objeto del diálogo será conocer el horizonte

³⁰⁹ AARNIO, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 114.

³¹⁰ GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68. c

³¹¹ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, op. cit, p. 372 y ss.

del otro. A través de la comprensión en el proceso de fusión de los horizontes para sí mismos; dicho en otras palabras, el texto es entendido como horizonte hermenéutico.

Conforme a lo anterior, la interpretación jurídica se debería acercar un tanto a este círculo, toda vez que la lectura de normas aisladas no tendrá sentido, si no se le comprende de manera holística, en relación con otros preceptos, los cuales condicionan toda la interpretación, pues además, es preciso para descifrarlos, la interpretación de las palabras que a su vez interpretan otras palabras, y así sucesivamente. De tal suerte que el intérprete se encuentra dentro del círculo hermenéutico de comprensión del cual no puede salir. A su vez, esta concepción (círculo hermenéutico) ha merecido un tratamiento como de retroalimentación (feed back), es decir, en ciertos momentos o fases de la interpretación, es donde se produce el “feed back”, a la luz de la información proporcionada (hechos, pruebas).³¹²

Siguiendo este hilo conductor, el propósito fundamental de la interpretación constitucional es la concreción de las normas. En un primer momento, la Constitución es entendida como un orden marco (Rahmenordnung), que sirve de punto de partida para la comprensión de las situaciones jurídicas, al cual hacía referencia Forsthoff de manera ingeniosa, como: “huevo jurídico originario”³¹³ De acuerdo a ello, la concreción implica que el juez constitucional goza de un margen de discrecionalidad judicial para llevar a cabo su función de asignar significado a las normas, el cual no se encuentra fijado previamente, aunque requiere cierto grado de precomprensión.

³¹² AARNIO, *Lo racional como razonable*, op. cit., p. 114.

³¹³ “La Constitución es así como un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal .hasta la Ley sobre fabricación de termómetros.” FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial (El modelo de la República Federal de Alemania)*, (traducción de Luis L6pez Guerra y Jaime Nicolás Muñiz), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

“... la actividad creativa destinada a dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución; tarea cuyo desarrollo ha de corresponder al legislador, quien dispone de un cierto margen de libertad de configuración política para «moverse» dentro del marco que la Constitución proporciona. Al juez constitucional, bajo este prisma, sólo atañe la función de definir los contornos de dicho marco y velar por que el legislador no los rebase.

... el término es asimismo utilizado para designar lo que no es propiamente sino interpretación de la Constitución, esto es, la acción de determinar cuál es el único sentido que debe atribuirse a un concepto que no está claramente perfilado en la Constitución. En este caso, la concretización entraña la actividad de descifrar el - único válido- contenido preexistente de la norma constitucional; de tal modo que el legislador, ceñido - como está- a limitarse a aclarar el sentido de algo precedente, pierde en libertad de decisión lo que el juez constitucional gana en intensidad de control de su producción normativa.”³¹⁴

Dicho lo anterior, los mecanismos de interpretación en el sistema jurídico mexicano para reducir la indeterminación tienen un alto nivel de fragilidad, dado que hasta hace poco, se ha iniciado un proceso de depuración en los mecanismos tradicionales de interpretación para resolver la imprecisión en aquellos casos difíciles presentados ante la Magistratura Constitucional. La visión silogística y formalista decimonónica ha cedido paso a herramientas como la proporcionalidad y ponderación en la solución de casos difíciles. La apertura judicial hacia el reconocimiento de la Constitución de principios y de valores ha sido uno de los factores impulsores de este cambio epistemológico al interior del Poder Judicial de la Federación. Considero que las herramientas interpretativas deben ser complementadas con la adhesión a una o varias teorías de la argumentación jurídica, al momento de justificar y motivar las decisiones judiciales. Cuestión que será motivo de análisis en el siguiente apartado.

³¹⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 25.

2.2 La justificación de las decisiones en casos difíciles: teoría estándar de la argumentación jurídica

Hasta septiembre de 1998, uno de los criterios obligatorios y unánimemente compartido por distintos Tribunales en el país, y a seguir por los jueces mexicanos al momento de analizar la admisión de una demanda de amparo, era el siguiente (las cursivas son mías).

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR.³¹⁵

El concepto de violación debe ser la relación razonada que el quejoso ha de establecer entre los actos desplegados por las autoridades responsables y los derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de éstos por dichos actos, expresando, en el caso, que la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. Por tanto, *el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor, los actos reclamados; y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas.*

El concepto de violación en la terminología jurídica mexicana es un concepto sofisticado, que se ha convertido en una de las más complejas temáticas a resolver por parte de los estudiosos en la materia de Juicio de Amparo (el instrumento por antonomasia para defender los Derechos Humanos en México, el cual funciona ante los Tribunales Federales).³¹⁶ Como bien lo explica la tesis que transcribimos arriba, el concepto de violación es una demostración jurídica de los actos que afectan a una persona y lesionan sus derechos fundamentales. Sin

³¹⁵ Tesis 3a./J.6/94, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Marzo, Gaceta número 75, p. 19. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR. Tesis: VII. P. J/18. [J]; 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 63, Marzo de 1993, p. 57. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO. Tesis: VII.1o. J/7. [J]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo V, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1990; p. 675. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR. Tesis: VI. 2o. J/8. [J]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo II, Segunda Parte-2, Julio-Diciembre de 1988, p. 654. Este criterio data de los años '70: CONCEPTO DE VIOLACIÓN, CONTENIDO DEL. [TA]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 169-174, Primera Parte, p. 22.

³¹⁶ He realizado un análisis en torno al concepto de derecho subjetivo y el interés jurídico en la última parte del capítulo 1 de este trabajo. Al cual remito al lector, para prescindir de reiteraciones innecesarias.

embargo, uno de los requisitos exigidos a la parte afectada por largas décadas era el relacionado con la exposición en hechos y en derecho acerca de que, efectivamente existía un derecho subjetivo a tutelar por parte de la autoridad.

Concretamente, las partes actoras que resultaban lesionadas en sus derechos fundamentales, eran las que tenían la obligación de exponer en sus demandas la existencia de una norma jurídica existente dentro del ordenamiento que resultaba vulnerada al caso en concreto por alguna autoridad pública, de lo contrario, las peticiones presentadas resultaban inadmisibles por no cumplir con los requisitos de lógica-formal que exigía el juez a los justiciables. No bastaba la exposición en hechos concretos de las violaciones que probablemente el actor del juicio estimara que habían resultado vulneradas, era indispensable al momento de exponer un argumento, que fuera edificado bajo el rígido y solemne modelo del silogismo judicial.

Algo que resulta paradójico, pues, es precisamente el juicio de amparo, el instrumento que históricamente ha sido una pieza de museo invaluable en la cultura jurídica mexicana y ejemplo a seguir por muchos países durante largas décadas para la protección de Derechos Fundamentales. No digo que la lógica formal sea inservible, sino que esta regla argumentativa, difícilmente no podía ser cumplida siempre por los justiciables ante la presencia de un instrumento que requería la sencillez absoluta, más si se toma en cuenta que en ocasiones la afectación múltiple a un derecho fundamental se traduce en varios conceptos de violación que requieren de múltiples razonamientos judiciales o materias que, ante la multitud de ordenamientos jurídicos, como el de naturaleza administrativa o fiscal, resultaba imposible la cita detallada de cada uno de ellos, tomando en cuenta que el propio instrumento protegía lo más sagrado de las personas (sus derechos humanos), negando por consiguiente, a través de un razonamiento judicial, el propio derecho a una tutela de justicia efectiva.

En tal sentido, el juez mexicano se encontraba anclado a una lógica formal, en absoluto solemne, que además de desprestigiar una institución tan importante, servía de ejemplo para los demás Tribunales inferiores al momento de emitir resoluciones jurisdiccionales. Es decir, este modelo sirvió por mucho tiempo para los operadores jurídicos en nuestro país al momento de abordar casos fáciles y difíciles. Inclusive, me atrevo a afirmar que por mucho tiempo se ha pensado, que, efectivamente, la forma correcta de razonamiento para formular adecuadamente una sentencia judicial, debe ser a partir del silogismo judicial como lo han planteado algunos teóricos en México. Sin embargo, este modelo resultó agotado a finales de los años noventa. Esta postura fue abandonada primero, por la Segunda Sala del propio Tribunal Constitucional mexicano, y posteriormente por la unanimidad de los ministros que componían este órgano jurisdiccional, de la siguiente manera.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.³¹⁷

Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abandona el criterio formalista sustentado por la anterior Tercera Sala de este Alto Tribunal, contenido en la tesis de jurisprudencia número 3a./J. 6/94, que en la compilación de 1995, Tomo VI, se localiza en la página 116, bajo el número 172, cuyo rubro es "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICO JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR.", en la que, en lo fundamental, se exigía que el concepto de violación, para ser tal, debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados y la conclusión la contraposición entre aquéllas, demostrando así, jurídicamente, la inconstitucionalidad de los actos reclamados. *Las razones de la separación radican en que, por una parte, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales no exige, en sus artículos 116 y 166, como requisito*

³¹⁷ Tesis: 2a./J. 63/98. [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Septiembre de 1998, p. 323. En Agosto de 2000, se sumó a este criterio, el Pleno de la SCJN: CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR. Tesis: P./J. 68/2000. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Agosto de 2000, p. 38.

esencial e imprescindible, que la expresión de los conceptos de violación se haga con formalidades tan rígidas y solemnes como las que establecía la aludida jurisprudencia y, por otra, que como la demanda de amparo no debe examinarse por sus partes aisladas, sino considerarse en su conjunto, es razonable que deban tenerse como conceptos de violación todos los razonamientos que, con tal contenido, aparezcan en la demanda, aunque no estén en el capítulo relativo y aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo, sino que será suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, para que el Juez de amparo deba estudiarlo.

Llama la atención el razonamiento empleado por la Corte al momento de motivar el por qué abandonan el criterio rígido, formal y solemne del silogismo judicial. El primer argumento es de índole formalista: si bien, exigimos el razonamiento de tal forma, la Ley de Amparo (Reglamentaria) no lo exige, por ende, nosotros no debemos exigirlo. El segundo argumento me parece más plausible: es necesario analizar en su integridad, de manera holística la demanda de amparo para buscar lo que el actor realmente quiere, es decir, basta una manifestación de facto sobre los hechos que le causan perjuicio a un gobernado ante un acto de la autoridad pública para que el juez pueda reconocer que, efectivamente existe una conculcación a los derechos fundamentales de una persona. Esto sin duda alguna, garantiza el derecho a una tutela de justicia efectiva, a partir del rompimiento de una lógica formal, rígida y solemne, que trata de buscar mejores herramientas para el operador jurídico al momento de motivar sus fallos. Además, esto forma parte importante de un elemento más de la argumentación jurídica: la necesidad del juez de argumentar sus resoluciones de la manera más racional posible. Esto, a partir de una o varias teorías de la argumentación que analizaré en las páginas subsecuentes.

Señala atinadamente Zagrebelsky, el juez se ha convertido en la figura primordial de la interpretación y argumentación creativa para la solución de casos. Alguna vez, Zagrebelsky afirmaba que las interpretaciones de las normas a partir de una Constitución “viviente”, corren el grave peligro de aumentar la discrecionalidad del juez, sin embargo, en algunas ocasiones la discrecionalidad es equiparada a la “politización”, lo cual resulta bastante perjudicial para el carácter “jurídico” de la justicia. Si bien es cierto que la nueva hermenéutica judicial permite al juez esa “discrecionalidad” para llevar a cabo su labor de una manera más cómoda, flexible y abierta, esta característica de “discrecionalidad”, como afirma el jurista italiano, es inherente a la interpretación que se hagan de las normas jurídicas.³¹⁸

La formación del juez, más allá de los conocimientos técnicos, debe contar con una sólida formación hermenéutica. De lo contrario, su labor no tendrá la suficiente legitimación ante el contexto en el cual tienen repercusión las normas jurídicas. Es importante volver a reevaluar la propuesta metodológica de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permita llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. En este sentido, pienso que el principio de proporcionalidad es una herramienta que no pertenece únicamente a la labor del juez constitucional, sino a cualquier operador del derecho, ya que a raíz del fenómeno denominado: “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, todos están llamados a cumplir con el texto fundamental.

Sin embargo, ¿hasta dónde le está permitido al Juez invocar principios constitucionales para motivar sus fallos? El denominado “nuevo constitucionalismo” surgido en los Tribunales Constitucionales de la Segunda Posguerra, ha traído consigo todo un repertorio teórico acerca de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la

³¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 750; *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

Constitución como una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos. En este sentido, la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la Ley Fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación, exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado, de ahí la importancia que tienen en la actualidad las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas.

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto, evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.³¹⁹ La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional, desde mi perspectiva, debería ser hacia una comprensión intersubjetiva del proceso jurídico, en aras de concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Este proceso paulatino, de reconocimiento y consolidación de una constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos, a partir de la interpretación extensiva de principios y de la propia axiología que subyace en los textos constitucionales.³²⁰

La simbiosis entre el derecho y moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional en la actualidad, se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permiten comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxilian la labor del intérprete

³¹⁹ VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (Elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 225. FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, Taurus, México, 2000.

³²⁰ TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

constitucional. Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden.

En esta sección se examinará la fundamentación de las decisiones judiciales, desde la óptica de la argumentación jurídica. Para ello, me adhiero a la clásica distinción formulada por Wroblewski entre justificación interna y externa de las decisiones jurídicas. Entendiendo por la primera, la estructura lógico-formal de la resolución, basado en premisas y la correcta concatenación de las mismas. Y la segunda, como la fundamentación de las premisas empleadas en la justificación interna, es decir, justificando con “razonamientos justificativos”³²¹ En tal sentido, se analiza en primer término, que dentro de la teoría jurídica contemporánea se observa la ruptura con la lógica formal y la rehabilitación del paradigma argumentativo para la solución de casos difíciles. Acto seguido, se analizan algunas de las teorías de la argumentación jurídica que son útiles al momento de la justificación externa, así como en la asignación concreta de significado en los conflictos difíciles de derechos fundamentales.

³²¹ WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, (traducción de Arantxa Azurza), Editorial Civitas, Madrid, p. 57. Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, p. 222.

2.2.1 La ruptura con la lógica formal y la rehabilitación del paradigma argumentativo

En torno a la rehabilitación del paradigma hermenéutico y argumentativo, es destacable el pensamiento de autores como Hans George Gadamer y Chaim Perelman, así como las subsecuentes interpretaciones que han realizado de su teoría distintos filósofos y hermeneutas. Los orígenes de la filosofía hermenéutica se remontan a la teoría del alemán Schleiermacher, basado en la interpretación psicologista e individualista de los textos. Siguiendo la línea del autor anterior, se encuentra Wilhelm Dilthey, cuya principal contribución se centró en la historicidad a partir de la cual se debe llevar a cabo la interpretación.³²²

En los años cincuenta, Chaim Perelman, junto a otros destacados pensadores del grupo de Bruselas, crearon una nueva disciplina conocida como nueva retórica o teoría de la argumentación. En palabras del mismo Perelman, la libertad no es posible si no es argumentada y razonable. Su tesis pone énfasis a los conceptos de auditorio, orador y discurso, a partir de una argumentación retórica. Por otra parte, desde la perspectiva del filósofo alemán, Hans George Gadamer, la hermenéutica como ciencia del espíritu, pretende, a partir de la razón práctica, descifrar el contenido de las normas, abonando a este ejercicio interpretativo otros conceptos fundamentales como el círculo hermenéutico, el concepto de horizonte, la historia efectual, la formulación de la pregunta, entre otros.

Las teorías contemporáneas sobre argumentación jurídica han sido clasificadas en dos grandes grupos:³²³ las de los precursores de la teoría de la argumentación actual, entre quienes destacan Viewegh, Perelman y Toulmin. Mientras que el segundo grupo de la teoría estándar se encuentra compuesto por las teorías de MacCormick y Robert Alexy. No es nuestra intención mostrar

³²² NAVARRO, María G., *Interpretar y argumentar la hermenéutica Gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2009; GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Dykinson, Madrid, 2011.

³²³ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ, UNAM, México, 2003, p. 203.

únicamente el aspecto únicamente de la lógica formal deductiva de las teorías de Perelman, Toulmin y Alexy, sino que pretendemos ir más allá, brindando una aportación adicional, por medio del estudio de la hermenéutica como ciencia del espíritu para la correcta comprensión de las normas jurídicas. Uno de los puntos débiles de las teorías de la argumentación jurídica señaladas arriba, se encuentra en las reducidas dimensiones sobre las que actúan, dejando de lado el aspecto factual de la argumentación, lo que la teoría reciente ha reconocido como argumentación sobre hechos.

Otro de los elementos que deben incluir las teorías de la argumentación destaca el aspecto metodológico cuando se trata de la representación del modelo que se propone. En este sentido, las insuficiencias de la teoría de Robert Alexy critican que no basta la mera formulación a partir de una lógica formal-deductiva, sino que es necesario alcanzar los fines sociales perseguidos por la norma puesta a debate. En este sentido, desde la perspectiva de algunos autores el fin de la argumentación consiste en “eliminar enunciados refutados de conformidad con las reglas de la argumentación, lo que sin duda requiere no sólo enunciados falsificables, sino conmensurables de manera que puedan oponerse argumentos del interlocutor”.³²⁴

Asimismo, existen tres tareas prácticas que debe desempeñar cualquier teoría de la argumentación jurídica. La primera de ellas se relaciona con la labor teórica o cognoscitiva. Es decir, se refiere a la posibilidad que nos puede ofrecer la teoría para comprender en su integridad el fenómeno jurídico. La segunda tarea tiene una naturaleza práctica o técnica, y se relaciona con la necesidad de que la teoría sea capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho.³²⁵ Lo anterior, guarda íntima relación con la forma en que se permite reconstruir los sistemas jurídicos, así como su corrección.

³²⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, IIJ, UNAM, México, 2003, p. 198.

³²⁵ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 217.

Finalmente la tercera tarea de una teoría de la argumentación se encuentra relacionada con su función política o moral.³²⁶ Quizá esta última sea una de las más polémicas, pues desde la perspectiva de los autores tradicionalistas influidos por el viejo positivismo y formalismo jurídico, la interpretación debería encontrarse alejada del elemento ideológico. Sin embargo, al momento de llevar a cabo la función interpretativa, los operadores jurídicos hacen uso de una o varias teorías de los derechos fundamentales, a fin de sustentar y motivar sus resoluciones, lo cual sucede frecuentemente en los casos difíciles, es decir, que admiten más de una solución.

2.2.2 Las herramientas de la argumentación jurídica para la justificación interna de las decisiones judiciales: Perelman y Toulmin

El aspecto argumentativo de las decisiones judiciales guarda íntima relación con el proceso de comprensión de las normas jurídicas. Una resolución judicial se encuentra motivada correctamente si se encuentra justificada racionalmente. Ahora bien, es considerada racional si la misma cumple con los criterios tanto de justificación interna como externa. Se cumple con el requisito interno, siempre y cuando el aspecto lógico-deductivo y de inferencias se realice de una manera satisfactoria. Es decir, que exista un enlace lógico-jurídico entre las premisas, así como en las deducciones e inferencias realizadas a lo largo de la resolución judicial. En segundo lugar, el punto de vista externo, se relaciona con la corrección jurídica de las premisas normativas. Finalmente el aspecto factual, se refiere a la argumentación en hechos y en base a la justificación probatoria existente. Estas dos últimas tienen que ver con el aspecto sustantivo de la argumentación, ya que califican los hechos y evalúan el peso de los mismos de manera lógica, para dotar de sentido a la argumentación según sea cada caso en particular.

³²⁶ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 216.

El empleo de las herramientas argumentativas, a través de la teoría estándar de la argumentación jurídica varía de acuerdo a la posición doctrinal en la que se ubique determinado autor. A continuación, analizaré en específico a tres de los autores más representativos sobre la teoría estándar de la argumentación jurídica. Cada uno de ellos, arroja elementos que pueden servir de referencia en este abanico de opciones para los jueces al momento de justificar una resolución judicial. Perelman y Toulmin por ejemplo, representan a quienes rompen con el paradigma de la lógica formal y presentan la rehabilitación del paradigma argumentativo a partir de una lógica más flexible, operativa y reversible, que permita al operador judicial la justificación, así como la corrección de las premisas al momento de razonar una decisión judicial. Por consiguiente, la posición de estos autores se debe a una razón de peso, concerniente a la necesidad de que el juez encuentre ante sí, teorías que puedan brindar metodologías más claras sobre los procesos de estructura del pensamiento y del razonamiento judicial, más flexibles y de corrección en aquellos momentos del proceso de comprensión que permitan tener una visión más holística y real de los problemas presentados ante ellos, sin soslayar o hacer de menos, el ámbito normativo.

El filósofo de Bruselas, junto con L. Olbrechts-Tyteca se declaran continuadores de la antigua tradición de la retórica de autores como Aristóteles, Cicerón y Quintiliano. De acuerdo a ellos, no se trata de la sustitución de la lógica formal, sino complementarla. Es decir, añadir a ella un campo de razonamiento práctico que se encontraba hasta entonces ausente en los razonamientos lógico formales.³²⁷ En primer término, la propuesta de Perelman reposa sobre una nueva concepción de racionalidad, a partir de tres puntos clave: a) la rehabilitación de la opinión y el valor de la tradición, b) el nuevo concepto de prueba en filosofía, y c) una razón que se encarna en la historia.³²⁸ Los términos: discurso, orador y

³²⁷ PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Madrid, Gredos, 1989, p. 16.

³²⁸ *Ibíd.* p. 25. MANASSERO, María de los Ángeles, "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman", en VV. AA. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Prólogo de Pedro Serna Bermúdez), Granada, Comares, 2005, p. 21.

auditorio, serán tres elementos inseparables dentro de su teoría.³²⁹ El orador es quien pretende ejercer influencia por medio del discurso. El auditorio el conjunto de personas a quienes se dirige dicho discurso. Lo que se busca no es solamente lograr la persuasión de este auditorio, sino conseguir su convencer³³⁰. Por otra parte, el auditorio particular es aquél que tiene una realidad específica y concreta, situación que resulta precisamente la del auditorio judicial. De acuerdo a este mismo autor, la lógica jurídica auxilia a la teoría de la argumentación, con el propósito de fundar las decisiones judiciales y se caracteriza de la siguiente forma:³³¹

1. *Carácter teleológico*: trata de conciliar el respeto del derecho con la aceptabilidad de la solución, dicha conciliación es en relación con la jerarquía de valores que el derecho considera vigentes;

2. *Determinación o precisión de las premisas*: se refiere a la dimensión normativa y fáctica de las premisas. Es decir, se circunscribe no solamente a una lógica formal, sino a una argumentación en base a hechos;

3. *Evaluación de las consecuencias*: las argumentaciones que motivan las decisiones judiciales, buscan de alguna forma, el consenso de las partes, así como de las instancias superiores y de la opinión pública, y

4. *Carácter controversial*: la existencia de un cierto conjunto de valores que convergen en las decisiones judiciales, será resuelta a partir de los argumentos de carácter persuasivo que presente el orador ante la audiencia.

Sobre este último punto, cabe destacar que Perelman refiere que el objeto en esta argumentación judicial es acabar con el conflicto de valores existentes en determinada controversia o conflicto judicial, a través de la jerarquización de los valores que el orador considere más convenientes conforme al derecho y a la

³²⁹ PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, *op. cit.*, p. 47.

³³⁰ *Ibid.*, p. 48.

³³¹ MANASSERO, María de los Ángeles, "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman", *op. cit.*, p. 59.

equidad. Este es el punto donde precisamente se han lanzado mayores críticas a su teoría, ya que los criterios para medir la razonabilidad del discurso, la justicia o el consenso no pueden actuar como indicadores de la corrección.³³² Asimismo, se le ha criticado reducir el debate judicial convirtiendo al juez y a las partes en auditorio y orador, respectivamente. Situación con la cual estamos de acuerdo, pues en la resolución de casos judiciales no se trata únicamente de la persuasión del orador y la adhesión del auditorio, sino que la racionalidad y la calidad argumentativa de las decisiones, debe estar fuertemente sustentada en las premisas fácticas y normativas, además de la inscripción a una teoría de los derechos fundamentales determinada, con la finalidad de posicionarnos en una postura de directrices judiciales sólidas.

Otra buena teoría que ha tenido aplicación en el diseño de los esquemas judiciales es la del inglés Stephen Toulmin, quien desarrolló una teoría de la argumentación, a partir del replanteamiento del silogismo clásico, basado en la filosofía deductiva de Aristóteles. Su principal aporte, reside en la crítica que realiza en contra de la lógica formal del filósofo estagirita. De acuerdo al mismo, este esquema lógico-formal de un razonamiento, se basa en una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.³³³ El silogismo es una forma de razonamiento lógico-formal que funciona a partir de los tres principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido, conocidos comúnmente como axiomas. El pensador inglés siempre ha sostenido una gran preocupación por el problema de la racionalidad en las ciencias sociales.³³⁴

³³² MANASSERO, María de los Ángeles, "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman", *op. cit.*, p. 68.

³³³ ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Organón)*, Gredos, Madrid, 1989, p. 56 y ss.

³³⁴ TOULMIN, Stephen, *Return to reason*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001, p. 204.

En los últimos cuatrocientos años, las ideas de razonabilidad y racionalidad – íntimamente ligadas en la antigüedad- permanecieron separadas, como resultado que durante el siglo XVII, dieron los filósofos naturalistas a las técnicas formales deductivas. Este énfasis, ocasionó un daño al pensamiento y al sentido común, llevando a la confusión a cuestiones de gran importancia: sobre todo, la relación de las ciencias sociales con la moral y otras profesiones prácticas cargadas de valores. Este énfasis en la racionalidad de las teorías formales o cálculos, y la necesidad de una “neutralidad valorativa” en las ciencias sociales, no fue universalmente aceptada, pero las técnicas matemáticas han tenido un prestigio en nuestras Universidades, orientadas a la disciplina que en la que aún continúan atrincherándose aún en pleno siglo XX.

De tal manera, que la crítica que realiza el filósofo inglés es en el sentido de criticar la forma en que funcionan estos argumentos, es decir, la carencia de justificación y motivación de los mismos. De acuerdo a ello, propone exponer los argumentos de la manera más transparente desde el punto de vista lógico. El esquema de Toulmin está formado por los siguientes elementos:³³⁵

- *Pretensión (claim)*: consiste en la aseveración que formula el proponente, la cual si no es discutida por el probable oponente, se toma como válida y suficiente.
- *Razones o datos (ground)*: es la información recabada en caso de que la pretensión sea cuestionada. Se compone de hechos o circunstancias suficientes y relevantes para sostener la pretensión invocada.
- *Garantía (warrant)*: es aquél enunciado hipotético de carácter general invocado en caso de que las razones sean criticadas o no sean suficientes. Puede consistir en máximas de la experiencia, normas, leyes de la naturaleza o principios jurídicos; es decir los cánones estándares utilizados en la argumentación.

³³⁵ TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, (trad. de María Morrás y Victoria Pineda), Barcelona, Ediciones Península, 2007, pp. 132-143.

- *Respaldo (backing)*: se emplean para respaldar las garantías. Entonces, son aquéllos enunciados que sirven para brindar fuerza convictiva a la garantía, tales como los precedentes judiciales, presunciones legales, y aquéllos que sirvan para justificar de manera externa el contenido del argumento.
- *Calificativos o matizadores modales*: indican la fuerza que es conferida por la garantía en el paso adaptado. Los constituyen aquéllos enunciados lógicos que sirven para matizar una idea o una argumentación en proporciones distintas.
- *Condiciones de excepción o de refutación*: estas apuntan las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse a un lado. Es decir, aquéllas circunstancias extraordinarias que pueden debilitar la fuerza de nuestro argumento principal, por lo tanto, inciden en los calificativos o matizadores.

El esquema de *Toulmin*, en honor a su autor, ha sido uno de los más utilizados en el marco de la argumentación judicial, dada su extrema sencillez y facilidad. Aunque tiene una estructura lógico-formal, se desliga del tradicional silogismo categórico que no admitía refutación o excepciones. Y que, además, no satisfacía hipótesis alternativas de solución a la pretensión o conclusión a la que se busca arribar en toda sentencia. Cabe precisar, que el autor, también hace referencia a los tipos de argumentos dentro de su esquema. Entre los principales, cabe destacar los analíticos y los sustanciales.

Los argumentos analíticos, serán aquellos que dentro de su respaldo para su garantía que los legitima, incluye explícita o implícitamente la información transmitida en la propia conclusión. Mientras que los argumentos sustanciales, serán aquéllos que no contienen en el respaldo para su garantía la información transmitida en la conclusión.³³⁶ Este tipo de lógica fue bautizada por su autor como “operativa” (applied logic) o reversible, debido a que su utilidad brindaba

³³⁶ TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, op. cit., pp. 167.

mayor certeza al momento de corregir las premisas dentro de la formalización del razonamiento. Recientemente, su modelo ha sido apropiado igualmente por investigadores en el área de ciencias computacionales e inteligencia artificial, donde ha sido empleada en el desarrollo y sistemas, así como la medicina.³³⁷

En la argumentación jurídica, ha sido muy útil el esquema propuesto por el profesor inglés, realizando algunas sustituciones y procurando ciertos matices. Los cuales han sido aplicados por filósofos del derecho en el auxilio de construcción de mejores premisas y evaluación de los hechos y las pruebas dentro de un proceso. Por ejemplo, en el caso de la pretensión, resulta ser la conclusión o la sentencia final que emitirá un juez; el respaldo, se identifica con la ley; la garantía, el principio a partir del cual tiene fuerza el respaldo; la razón, se convierte en la hipótesis factual, es decir el conjunto de hechos que soportan nuestra pretensión y que justifican nuestro interés jurídico para interponer nuestra pretensión (pruebas); los calificativos o matizadores modales, serán aquellos argumentos a partir de los cuales se pueden derrotar las normas jurídicas sometidas a discusión, y finalmente las condiciones de excepción o de refutación, podemos identificarlas como aquéllas que suelen derrotar procesalmente los hechos con los que pretendemos demostrar nuestra pretensión.

Desde el punto de vista de la justificación formal en la solución de casos difíciles, existe la propuesta en México para su aplicación dentro del control constitucional ejercido por los Tribunales en el Juicio de Amparo. Especialmente, al momento de construir la justificación interna de la sentencia, que sirva de fundamentación a las premisas expuestas en un caso judicial. Resulta de particular importancia, ya que es un gran intento por conjugar la lógica operativa con el uso de conceptos de la dogmática jurisprudencial, con el objeto de construir mejores premisas al momento de resolver casos difíciles.³³⁸

³³⁷ HITCHCOCK, DAVID y VERHEIJ, Bart, *Arguing on the Toulmin Model (New Essays in Argument Analysis)*, Springer, Netherlands, 2006, p. 3 y ss.

³³⁸ TRON PETIT, Jean Claude, *Argumentación en el amparo (Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo)*, Porrúa, México, 2009, p. 95.

Considero que el empleo de herramientas que brinda la lógica operativa deberían de ser un abanico de posibilidades para los operadores jurídicos en México. Sin duda, este es un ejemplo de la conjugación de este tipo de teorías, al ámbito de aplicación al momento de elaborar premisas para fundamentar decisiones judiciales en materia de amparo. Más aún, cuando el proceso de asignación de significado a una norma de derecho fundamental en los casos difíciles, no puede plantearse sin la necesidad de llevar a cabo un razonamiento deductivo, en este sentido, pienso que esta herramienta diseñada por Toulmin, puede auxiliar a la práctica judicial a confeccionar las resoluciones, sin afectar o significar un cambio radical en la forma de razonamiento para nuestros operadores en nuestro país.

2.2.3 La propuesta sobre un constitucionalismo discursivo y la reconexión conceptual entre el derecho y moral (Alexy)

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los Tribunales, ha resultado una de las doctrinas más atractivas para los operadores jurídicos al momento de justificar las resoluciones judiciales. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales, como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. Una de las propuestas centrales en la teoría de Alexy, es la propuesta de reconexión conceptual entre el derecho y moral, a partir de un positivismo corregido o moderado.

En este sentido, queremos resaltar que la teoría del iusfilósofo alemán, no pretende quedarse en la mera elaboración lógico-formal de esquemas para la mejor resolución de conflictos a las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, sino que va más allá. Es decir, a partir de su postura reconciliadora, trata de buscar un argumento que justifique la corrección en su teoría argumentativa. Dicho argumento lo define de la siguiente forma: “el núcleo

del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto.³³⁹

En este sentido, el filósofo del derecho, ha replanteado la fórmula de Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto, a partir de su argumento de la corrección, relacionado intrínsecamente con la reconexión entre el derecho y la moral, a partir de su postura moderada o corregida. En esta fórmula podemos distinguir dos elementos caracterizadores. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otros términos: “la injusticia extrema, no es derecho”.³⁴⁰ La cuestión de la pretensión depende de la corrección formulada por el derecho, así como una pretensión de corrección moral. De esta forma, la institucionalización de la moral y la corrección implica la institucionalización de la justicia, y esto a su vez, la institucionalización de los derechos fundamentales, los cuales constituirán el mínimo moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho. En consecuencia, se considerará extremadamente injusto, aquello que atente contra el núcleo de los derechos humanos.³⁴¹

La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto.

³³⁹ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*; (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez), Granada, Comares, 2005, p. 40.

³⁴⁰ ALEXY, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004, p. 269.

³⁴¹ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*; *op. cit.*, p. 45. *Vid.* del mismo autor: “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho” en: *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72. *Vid.* también: RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores, tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

La teoría de la argumentación jurídica del jurista de Kiel se sitúa en torno a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado, hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental.³⁴² De esta manera, el discurso jurídico queda enmarcado en el discurso práctico general, ya que continuamente lo que se busca es la corrección y porque se lleva a cabo bajo condiciones limitantes (sujeción a la ley, precedentes, dogmática, plazos procesales). El núcleo de su argumentación jurídica reside en la pretensión de corrección de las proposiciones normativas, únicamente puede ser fundamentado en el marco del ordenamiento jurídico vigente. A partir de esto, retoma la idea de fundamentación de las resoluciones judiciales, acorde a la clasificación realizada por Wroblewski.³⁴³

- La fundamentación o 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 fundamentación o justificación externa: esta se produce a partir de los distintos métodos de fundamentación: las reglas del derecho positivo, las premisas empíricas y la argumentación jurídica.

La principal fuente de racionalidad, acorde a esta teoría, es el discurso práctico racional. Precisamente, una de las críticas más habituales, es aquella que afirma el idealismo para describirse en un contexto de discurso racional, donde se pueden brindar argumentos a favor y en contra en una misma solución, situación

³⁴² PINTO FONTANILLO, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p 389.

³⁴³ WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

que implicaría que cualquier decisión tendría el carácter de objetiva.³⁴⁴ Ahora bien, el concepto de objetividad para Alexy, no implica en ningún caso, la asimilación o equiparación a las ciencias exactas, sino será la misma argumentación racional la que origina la objetividad. Tal y como ha sostenido: “Que las cuestiones sean controvertidas no significa tampoco que la objetividad sea imposible. Si en un caso tenemos buenos argumentos para un lado y para otro, y el tribunal se decide por uno de los dos con buenos argumentos, entonces la decisión habrá sido tornada con objetividad, en el sentido de razonabilidad.”³⁴⁵

A pesar de que la teoría del filósofo alemán, se basa principalmente en una teoría discursiva y procedimental del derecho, éste busca la seguridad a través de la racionalidad, tomando en cuenta los aspectos de la realidad e institucionales, lo cual es una combinación entre los niveles filosófico, político y jurídico. En este sentido, consiente en que existe una relación entre el derecho y la moral, adoptan de esta forma una postura positivista corregida. Igualmente, realiza una distinción entre los derechos fundamentales como principios y como reglas. Por una parte, las “reglas son *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”³⁴⁶

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 ponderación”³⁴⁷. Del otro lado se encuentran los principios. Éstos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder.³⁴⁸ De esta manera “se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una

³⁴⁴ GUIBOURG, Ricardo A., “Alexy y su fórmula del peso”, en *Desafíos a la ponderación*, BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 182.

³⁴⁵ Entrevista a Robert Alexy, “Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy”, en *La Ley (Actualidad)*, No. 4, Buenos Aires, 2008, p. 2.

³⁴⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 87.

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 118.

³⁴⁸ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel, 2008, p. 19.

determinada realidad [...] nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido."³⁴⁹

Asimismo, la adhesión del profesor de Kiel, es en torno hacia una concepción de la Constitución como marco. Donde lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, es aquello que no está ordenado ni prohibido, es decir lo que se encuentra en el interior del mismo. Conforme a ello, existen distintos márgenes de acción para el legislador: el estructural y el epistémico. "El límite del margen de acción estructural está marcado por lo que está prohibido y lo ordenado en la Constitución, de manera que dentro de ese margen de acción se encuadra exactamente lo que se ha confiado a la discrecionalidad del legislador. Pues bien, ante un derecho fundamental, se dispone de dos tipos de márgenes: el sustantivo o estructural y el epistémico."³⁵⁰ Existen tres tipos de márgenes sustantivos.³⁵¹

- 1) Elección de medios. El primero confiere al legislador la competencia constitucional para decidir por sí mismo si, y a favor de qué objetivos o fines, quiere restringir el derecho.
- 2) Fijación de fines. Éste surge cuando las normas de derechos fundamentales exigen la ejecución de conductas positivas, es decir, los deberes de protección.³⁵²
- 3) Ponderación.

Del otro lado, el margen epistémico es aquella competencia del legislador para determinar, "en casos de inseguridad, lo que las normas de la constitución ordenan o prohíben y lo que confían a su discrecionalidad. El alcance de esta

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 20.

³⁵⁰ ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002, p. 25.

³⁵¹ ALEXY, Robert, "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección" en *La teoría principialista de los derechos fundamentales (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy)*, SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 119-135.

³⁵² ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, p. 19.

competencia es equivalente al alcance de una no-competencia correlativa del Tribunal Constitucional.”³⁵³ El cual tiene su origen en la incertidumbre generada por la falta de las premisas empíricas o normativas. En el primer caso, se debe a la ausencia del conocimiento de los hechos posibles a generarse a causa del surgimiento de las normas. El segundo, cuándo no se tiene certeza sobre cuál es la manera más correcta de preponderar los derechos fundamentales en conflicto. Por tanto, en ese caso se reconoce al legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración.³⁵⁴ En condiciones ideales, el funcionamiento de la teoría de los márgenes no tiene dificultades, sino que éstas ocurren, cuando los distintos medios que deben fomentar el fin de la norma, lo hacen a través de distintas formas, o en diversas intensidades. Al respecto, explica lo siguiente.

Cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen ningún efecto negativo, el margen de elección de medios no plantea demasiados problemas. Sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin de diferente modo o no se está seguro de en qué medida lo hacen; o cuando, desde la perspectiva de otros fines o principios, los diversos medios se comportan negativamente, entonces la decisión depende de la práctica de distintas ponderaciones. Esta circunstancia conduce, precisamente, al margen de acción estructural referido a la ponderación.³⁵⁵

Sobre este último punto, algunos autores han identificado al margen de acción epistémico como la discrecionalidad débil y al margen de acción estructural, relativo a la ponderación, con la discrecionalidad fuerte, perteneciente a la clasificación realizada por Ronald Dworkin.

³⁵³ ALEXY, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, *op. cit.*, p. 133.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 135.

³⁵⁵ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 18.

In a substantive-procedural model, the law's determinateness is threefold. First, certain decisions are prescribed. Second, certain decisions are prohibited. Third, certain decisions are neither prescribed nor prohibited. In the third category, it is permitted to make a certain decision or to refrain from it in favour of a different decision. Judicial discretion thus consists precisely of those alternatives in respect of which the judiciary has been left at liberty. One could also call this discretion the "sphere of judicial freedom".

[...]

What Dworkin labels the first weak sense of discretion, namely, discretion as judgment, can be better described in Alexy's terms as epistemic discretion. Discretion as finality (second weak sense in Dworkin's terminology) has nothing to do with the structural-epistemic distinction, but with the question as to whether a decision is subject to review by a higher court. This reveals that under the heading "weak discretion" Dworkin combines two issues which for systematic reasons had better be separated. The epistemic-structural distinction concerns the sources of discretion, while discretion as finality concerns the function of discretion in the hierarchy of courts.³⁵⁶

El iusfilósofo alemán, retoma la idea de principios de Ronald Dworkin y formula un replanteamiento en torno a la misma, sobre la cual sustenta su teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de construir un esquema argumentativo en base a cuatro elementos: la regla, el valor, el principio y la ponderación. Las reglas son aquéllas que deben cumplirse o no, es decir, no admiten otra interpretación. Los principios por otra parte, son mandatos de optimización dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. En este sentido, manifiesta la imposibilidad de dotar de un peso en específico a cada derecho en abstracto, por lo que es necesario su peso concreto a través de la técnica de la ponderación.

³⁵⁶ KLATT, Matthias, "Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion", en *Ratio Juris (An international journal of jurisprudence and Philosophy of Law)*, Vol. 20, N^o. 4, 2007, pp. 516-517.

En este contexto se sitúa su teoría de la argumentación. El principal postulado de este filósofo del derecho, en relación con las decisiones judiciales, es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto.³⁵⁷ La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.³⁵⁸ Este mismo camino es el que refiere Karl Larenz, cuando afirma que los límites a los derechos no tienen fijados sus límites, por lo que en cierta medida, su abertura y movilidad, propician o colisionan entre sí, dado que su amplitud no se encuentra fijada de antemano.³⁵⁹

De acuerdo a lo anterior, considero que debe asumirse una postura crítica sobre esta herramienta de la argumentación jurídica, en el sentido de concebirlo, no como la panacea de los operadores del derecho para acabar con la indeterminación de los sistemas, incluso esta idea iría en contra del origen y objeto mismo de la proporcionalidad. Al contrario, debe asumirse como un instrumento más de la doctrina, para conseguir de mejor forma la racionalidad del proceso de justificación y motivación suficiente en las resoluciones judiciales.

³⁵⁷ SOBREVILLA, David, "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe)*, México, Fontamara, 2008, p. 28.

³⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

³⁵⁹ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400.

2.3 El principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para asignar significado concreto a los Derechos Fundamentales

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día, en una de las herramientas más empleadas por los operadores jurídicos, para justificar racionalmente decisiones donde se encuentran involucrados principios o derechos fundamentales. Sin embargo, la búsqueda por encontrar mejores formas de justificación en las decisiones judiciales no es una aspiración de la teoría jurídica moderna. Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas.³⁶⁰

En la actualidad, existen igualmente críticas en torno a mejores formas de validez del derecho a partir de axiomas o fórmulas, como los modelos de Ferrajoli y Alexy. El modelo deóntico seguido por Ferrajoli como el cuadrado lógico de las expectativas, ha sido calificado por algunos autores como excesivamente racionalista. En igual sentido, la fórmula del peso y la ponderación, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es una de las frecuentes críticas realizadas en contra del empleo del principio de proporcionalidad.³⁶¹

³⁶⁰ BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-IIJ, México, 2006 (2ª ed.), pp. 10 y 11. En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010, p. 164. HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A. y CASTAÑEDA, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 193. En este sentido, para Leibniz, “el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad [...] justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad”. LEIBNIZ, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, (trad. Eduardo G. Máynez), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960, p. 11.

³⁶¹ MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 81-98. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, (La sintaxis

En numerosas ocasiones, hemos escuchado lo importante que resulta para un operador judicial la necesidad de ponderar principios o valores que se encuentran en conflicto o choque. En la actualidad, el método a través del cual sucede este proceso argumentativo se ha vuelto cada vez más sofisticado, a raíz del contexto de indeterminación e imprecisión, no solamente lingüística, sino cultural y social en la que se encuentra el constitucionalismo contemporáneo. En los anteriores apartados, planteé la necesidad o cualidad indeterminada no solo de las normas jurídicas, sino también de las normas constitucionales, las cuales inspiran el ordenamiento jurídico, así como su aplicación directa por los operadores del derecho.

Precisamente, las normas constitucionales están inspiradas en valores, cuya precisión y concreción depende directamente del operador de las mismas. Asimismo, el campo de aplicación de este tipo de normas se encuentra en constante tensión, y es objeto de innumerables e imprescindibles choques o colisiones, pues indefectiblemente el constitucionalismo liberal pugna por valores, que en ocasiones (en un sentido abstracto), pudieran resultar contradictorios entre sí, véanse por ejemplo, los casos de la libertad de expresión o de información de algún medio periodístico ante el derecho a la intimidad, o al honor de algún particular.

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por numerosas jurisdicciones constitucionales como canon de control para justificar racionalmente una decisión que limita derechos fundamentales o principios constitucionales. Asimismo, ha sido empleado por la propia jurisdicción internacional de los Derechos Humanos, como la Corte Europea, donde ha tenido un desarrollo bastante prolijo, e inclusive se ha consagrado como parte del derecho común europeo, a través de su inclusión expresa del subprincipio de adecuación y necesidad en la propia Convención Europea sobre Derechos y Libertades

del derecho), vol. 3, Trotta, Madrid, 2011. MAZZARE, Tecla (Ed.), *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.

Fundamentales.³⁶² En América Latina, ha sido a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su implementación como una especie de un derecho común latinoamericano.³⁶³

La teoría principialista de los Derechos Fundamentales ha sido uno de los elementos que ha tenido mayor incidencia para el desarrollo del principio de proporcionalidad, las objeciones y dilemas planteados a este método, se centran quizá en esta visión (según los críticos) un tanto “romántica” del constitucionalismo contemporáneo. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta forma, los conflictos entre principios no son resueltos a través de una simple subsunción, sino mediante el ejercicio de ponderación. Precisamente, la oposición en torno a esta concepción, se basa en la incapacidad del propio método “ponderativo” de racionalizar al extremo el proceso argumentativo.

³⁶² Al respecto, explica la Profesora Fernández Nieto: “La jurisprudencia comunitaria [Europa], lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970, en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que la han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como “el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común” y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamente que emane la Comunidad”. FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 288. Entre los instrumentos a nivel comunitario que han adoptado este instrumento, se encuentran: En el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arts. 8.2 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia), art. 9.2 (derecho a manifestar la religión o convicciones), art. 10.2 (sobre la libertad de expresión), 11.2 (libertad de reunión pacífica y de asociación) y en el 18 (el cual tiene como regla general aplicable a la proporcionalidad). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 52.1) y Constitución Europea (II.109.3; II.112.1).

³⁶³ En el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (Art. 4, 29). Declaración Universal de Derechos de 1948 (29), 8.1 a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966. (Arts. 4.1, 12.3, (derecho a circular libremente y a escoger la residencia), 14.1 (derecho a un proceso público), 18.3 (derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias), 19.3 (libertad de opinión), entre otros.

La Escuela Genovesa de Teoría del Derecho, adopta una posición escéptica en torno al fenómeno de la ponderación, en palabras de Ricardo Guastini, ha señalado algunas de las características más importantes en torno a esta herramienta argumentativa, en contraposición al clásico modelo silogístico.³⁶⁴

- a) La ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente;
- b) También supone el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios que se trate;
- c) Para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto;
- d) La ponderación de los principios se funda, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente)... toda solución del conflicto vale sólo para el caso en concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

Se advierte que al final de su postura, lo que subyace es un desacuerdo en torno al empleo de esta herramienta por el juez al momento de asignar un significado concreto a cada principio. Lo anterior, debido a que en el siglo XXI, es precisamente el operador jurídico el principal protagonista de este giro epistemológico. El paradigma decimonónico de culto a la ley o respeto al principio legislativo, ha sido desplazado por el imperio de la Constitución, cuya interpretación recae en los jueces. Si bien, el derecho es indeterminado, la labor principal del operador jurídico hoy en día, es actualizar los contenidos constitucionales conforme a la realidad y contextos sociales determinados.

³⁶⁴ GUASTINI, Ricardo, “Los principios en el derecho positivo” en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, (trad. de Jordi Ferrer i Beltrán) Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 169-171.

Es cierto que es imposible encontrar una solución para todos los casos que se presenten, y también lo es, que la casuística es una de las constantes del constitucionalismo contemporáneo. Pero también puedo afirmar sin dudas, que existen cánones de racionalidad jurídica que los operadores de las normas constitucionales se encuentran obligados a cumplir al momento de emplear una herramienta de la argumentación jurídica como lo es el principio de proporcionalidad. He denominado a la fase actual de desarrollo de esta herramienta como “sofisticación”, debido a la innumerable cantidad de reglas que la dogmática constitucional ha desarrollado al respecto para su correcta y eficiente aplicación. Además nos encontramos ante una constante especialización en su aplicación, de acuerdo a la violación a determinado derecho fundamental, como la libertad de expresión, derecho al honor, derecho a la vida, según se trate. Es decir, existe una estructura y fundamento común de aplicación, pero en algunos casos, existen reglas específicas que el operador jurídico debe aplicar antes de entrar a una posible ponderación.

Cada situación y contexto es distinto, son precisamente los elementos de cada caso los que van a decantar por una u otra solución, de acuerdo a los valores existentes en determinada sociedad, así como el peso que se le asigne a cada uno, de acuerdo a la situación en concreto y al grado de afectación de cada uno de ellos. Entonces, el objeto en este apartado, es conocer la técnica del principio de proporcionalidad que ha desarrollado la dogmática constitucional, la cual deriva en mayor medida de la jurisprudencia alemana y española respectivamente.

Si bien, la práctica judicial ha tenido una importancia trascendental en el desarrollo de esta herramienta como parte de la argumentación jurídica, también se puede afirmar, que la dogmática constitucional ha desarrollado una serie de elementos muy precisos, que han permitido configurar una teoría que auxilia y retroalimenta la labor jurisprudencial. Su auge y perfeccionamiento ha tenido lugar en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales, principalmente por el Tribunal

Constitucional Federal Alemán, así como por la doctrina jurídica contemporánea, cuyo debate se ha extendido por largos años desde su origen y recepción en distintas latitudes.

Como he dicho al inicio del capítulo, esta sección tiene la finalidad de identificar al principio de proporcionalidad como un canon de la argumentación jurídica, empleado por los operadores jurídicos, para justificar racionalmente casos difíciles donde se encuentran involucrados principios o valores constitucionales. Al respecto, hago un repaso en torno a las dos teorías más importantes de la dogmática de los derechos fundamentales que explican el fenómeno de la limitación y restricción a los derechos: las teorías interna y externa. Advierto que mi adhesión se encuentra hacia la teoría externa, es decir, que son las limitaciones (externas) a un derecho fundamental o principio constitucional, las que definen al derecho mismo. Es decir, las que permiten la asignación concreta de significado. En igual sentido, mi preferencia se encuentra hacia una teoría relativa del contenido esencial de los Derechos Fundamentales, ya que garantiza el vaciamiento del derecho fundamental, protegiendo en la misma medida el contenido esencial, sin categorías absolutas que no dejen margen a la ponderación, y que además, permiten los criterios de corrección formal y material en los casos difíciles de derechos fundamentales que serán motivo de análisis en el tercer y cuarto capítulo.

En los subsecuentes epígrafes, detallaré el proceso de sofisticación del principio de proporcionalidad. Entendiendo por sofisticación, los procedimientos por los cuales las teorías de un sistema se vuelven cada vez más complejas y refinadas. En un primer momento, lo distinguiré del juicio de razonabilidad o test de balanceo, utilizado continuamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el cual guarda relevancia con el análisis del principio de proporcionalidad en materia de igualdad del modelo continental europeo, pero se diferencia en provenir de una tradición jurídica distinta, y cuyo fundamento es una concepción individualista de libertades.

Acto seguido, realizaré una explicación sobre las fases que intervienen para la activación del principio de proporcionalidad. Es decir, que se trate de un caso difícil, que involucre principios constitucionales, y finalmente, la afectación menos lesiva de los mismos, en aras de satisfacción de los otros (ley de ponderación). Cabe advertir que estos pasos, representan la metodología previa a seguir por parte del juez, antes de la aplicación misma de la técnica, es decir, los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto), identificados por la dogmática constitucional. Su proceso paulatino en el perfeccionamiento de la técnica, la teoría como en la práctica jurisprudencial, ha suscitado tanto elogios como críticas por la discrecionalidad judicial que permite el mismo al juez constitucional.

Para cumplir con ese propósito, he tratado de empatar la dogmática constitucional de principios y valores constitucionales con la jurisprudencia mexicana, al efecto de hacerla más comprensible al lector, y sobre todo, entender el complejo entramado constitucional en el cual está inmerso el operador judicial, en ocasiones demasiado formalista, lo cual dificulta en gran manera el proceso de comprensión de los principios. En segundo lugar, se llevará a cabo la identificación de la existencia de limitaciones al principio (s) o bien (es) jurídico (s) tutelado (s). Por último, consiste en determinar los elementos que intervienen en una colisión o enfrentamiento entre principios, así como la herramienta de la ponderación.

Reitero, en el contexto de análisis del principio de proporcionalidad, me adhiero a una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. Los fundamentos de esta aserción, los detallaré en el primer epígrafe, ya que son imprescindibles en el proceso de comprensión y aplicación de la proporcionalidad. Básicamente, residen en la idea de que, es necesaria una configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales para evitar su vaciamiento, a causa de una posible discrecionalidad desproporcionada por parte del juez constitucional. Es decir, una concepción de límites a los límites de los derechos fundamentales.

Los últimos puntos de este capítulo, están concentrados en explicar a detalle el funcionamiento del principio de proporcionalidad, una vez que el juez constitucional ha activado las premisas del mismo. Se analizarán los tres subprincipios que intervienen para la correcta aplicación: adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Cabe advertir que estos subprincipios, están relacionados con los márgenes estructurales y epistémicos (referidos en los epígrafes anteriores), que permiten al legislador configurar los medios que considere más convenientes para alcanzar los fines de las normas, así como el margen estructural para la ponderación.

El subprincipio de idoneidad o medio alternativo, será analizado en el siguiente apartado. En el mismo, se detalla cómo funciona y su correcta aplicación, a partir de las reglas de medio más benigno o indispensabilidad de los medios que afecten en menor medida, los derechos fundamentales intervenidos por la autoridad. El último epígrafe de este capítulo, lo dedico al análisis de la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), de acuerdo a las reglas elaboradas con mayor precisión y detalle por Robert Alexy, y el refinamiento que hace él mismo sobre la fórmula del peso.

Sobre las cuestiones particulares y su adaptación a la teoría constitucional española y de América Latina, considero que es adecuado y coherente el modelo creado por los juristas Bernal Pulido y Laura Clérico. Dado que la construcción conceptual que realizan, brinda un mayor soporte argumentativo en la fundamentación en los casos de derechos fundamentales, ya que tiene variables mejor elaboradas y una estructura en base a reglas precisas, que permiten a través de una serie de sencillos pasos concatenados y coherentemente enlazados uno con otro, el óptimo funcionamiento del mismo. En igual sentido, la profesora argentina Laura Clérico, explica de manera elocuente el funcionamiento de una de las vertientes más complejas del principio de proporcionalidad en una serie de sencillas fórmulas. Se trata de la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto, nombrado en la terminología alemana como: prohibición del exceso

(Übermaßverbot) y la prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Es decir, si un acto estatal, normalmente una omisión, vulnera un derecho fundamental.

2.3.1 Límites a los derechos fundamentales conforme al criterio material y estructural

La correcta fundamentación interna y externa es uno de los peldaños en los cuales se respalda la teoría de la argumentación jurídica. Las normas de derecho fundamental, entendidas como “un conjunto de proposiciones que prescriben el deber ser establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución” son parte de este entramado teórico en el cual se sustentan.³⁶⁵ Bernal Pulido, lleva a cabo una clasificación entre normas directamente estatuidas (significado literal de las normas en sentido prescriptivo) y normas adscritas de derechos fundamentales (se fundamentan en las normas directamente estatuidas y que guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional).³⁶⁶

Las mismas normas deben ser dotadas de significado, lo cual implica hacerlo por distintos medios. Dicho proceso se denomina concretización o concreción, el cual se puede definir como el acto por medio del cual, el Tribunal Constitucional “asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de la indeterminación de una disposición de derecho fundamental.”³⁶⁷ Es decir, las normas adscritas ostentan una relación directa con las normas directamente estatuidas, ya que, aquéllas, tienen su fundamento en éstas. Darle validez definitiva a una norma de derecho fundamental, implica asignar un significado concreto. Es decir, delimitar el contenido esencial del derecho o principio en cuestión, a partir de casos individuales.

³⁶⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, op. cit., p. 53

³⁶⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

³⁶⁷ *Ibíd.*, p. 120. Vid. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 40.

En el primer capítulo de esta tesis, he tratado de dejar en claro la conceptualización de una norma de derecho fundamental, así como el paradigma adoptado por el sistema constitucional mexicano, de acuerdo a la reforma constitucional más reciente en materia de Derechos Humanos. Realzando el papel central que juega la fundamentación que hace del legislador en la misma, ampliando su contenido a través de la incorporación de los Tratados Internacionales a las normas de derechos fundamentales contenidas en la CPEUM. En este sentido, el sistema constitucional mexicano será más dinámico, ya que el compromiso asumido, resulta una ampliación de los contenidos, así como una labor de interpretación y concreción más compleja para el juez constitucional.

Siguiendo con lo relatado previamente, los distintos procesos de concreción pueden ocurrir de distintas formas. Uno de ellos es el criterio material de corrección en la fundamentación de las normas de derecho fundamental. Normalmente, el primero, sirve para configurar las normas directamente estatuidas, ya que se trata de razones de carácter axiológico, que ayudan a definir a través de una política legislativa, la función de determinado ordenamiento jurídico (teoría democrática, Estado Social, liberal, orden de valores). El otro, se trata del criterio estructural, éste consiste en la metodología a seguir para la fundamentación correcta de las normas, y resolver las colisiones entre las concepciones materiales de los derechos fundamentales.³⁶⁸ De acuerdo con lo sentado previamente, me encargaré en primer lugar, de explicar el criterio material de corrección de los derechos fundamentales, a partir del repaso breve las principales teorías que sustentan dicho criterio.

³⁶⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 133.

2.3.1.1 El criterio material para la asignación de significado a los derechos fundamentales

Uno de los principales seguidores de la teoría interna de los derechos fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfgang Böckenförde, esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material.³⁶⁹ Después de hacer un repaso sobre los principales métodos tradicionales de interpretación de la ley enunciados por Savigny, Böckenförde manifiesta su clara indisposición para seguir la misma metodología al momento de interpretar normas constitucionales y reducir la indeterminación normativa de las mismas. La razón, es clara, se encuentran inspiradas en el derecho romano, y constituyen reglas interpretativas propias del derecho privado. Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo de Constitución como un orden marco, donde se fijan las reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política.³⁷⁰ Después de hacer un repaso de las principales teorías que auxilian la concreción de los derechos fundamentales, el autor concluye:

Un contenido normativo vinculante no se puede obtener de un texto normativo marco, vago, como es típico para la mayoría de las normas constitucionales, sin recurrir a una teoría de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales), a su vez obligatoria, a la que se corresponda la función de directriz normativa para la interpretación.

[...]

³⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, E.W., "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Agapito Serrano, R. de (trad. y prólogo), Trotta, Madrid, 2000, p. 17.

³⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución –cuando esta es requerida- no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación.³⁷¹

Según esta concepción, el proceso de concreción de las normas derechos fundamentales viene aparejado con la concepción de una determinada teoría constitucional. Desde mi perspectiva, este punto de vista representa una visión sustancialista de la teoría constitucional. Para este propósito, explica la existencia de distintas teorías de derechos fundamentales que auxilian la labor del operador jurídico, al momento de concretizar cada derecho, para lo cual, no es necesario llevar a cabo alguna clase de ponderación, pues el derecho se encuentra definido previamente. Esto significa que el contenido de cualquier derecho fundamental puede ser definido *prima facie*, sin necesidad de ponderación alguna.

Por citar un ejemplo emblemático donde ha sucedido la aplicación de alguna de estas teorías, aconteció en la jurisprudencia alemana, con el caso de la Ley de Objeción de Conciencia al servicio militar, por los jueces Böckenförde y Mahrenholz, quienes formaban parte del Tribunal Constitucional Federal, al que le correspondió juzgar la constitucionalidad de dicha normativa.³⁷² De acuerdo a los autores del voto, la fundamentación indebida sobre las fuerzas armadas, inferida de una interpretación sistemática de varios preceptos de la Ley Fundamental de Bonn, en consonancia con la teoría del orden objetivo de valores, fue incorrecta, ya que se elevó a rango constitucional la organización y el funcionamiento del ejército.

³⁷¹ *Ibid.*, pp. 34-37.

³⁷² BVerfGE 69, 1 (57-87)

La idea es proporcionar guías o directrices básicas que fundamenten los criterios a través de los cuales distintos tribunales constitucionales en el mundo han resuelto casos presentados ante ellos. Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales.”³⁷³ La primera se refiere, o se encontraría influida por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. Esta teoría logra su plena realización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto, en la imposición de límites o restricciones a los derechos.³⁷⁴ Ambas tienen dos dimensiones: una normativa y otra material. El contenido normativo consiste en una teoría de principios o valores. Por otra parte, 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.

2.3.1.1.1 Las teorías materiales de los derechos fundamentales: liberal, democrática, del Estado Social y del orden objetivo de valores

En primer término, para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Es decir, los derechos son establecidos con la finalidad de asegurar la libertad frente a la amenaza estatal, los ámbitos de la libertad individual y social a la que se encuentran expuestos. Dicha teoría tiene varias repercusiones en distintos aspectos.³⁷⁵

³⁷³ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida) (Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45.

³⁷⁴ Refiere el profesor Cesar Landa que “en la propia práctica de la tutela de los derechos fundamentales se puede apreciar un uso variado de las distintas teorías de la interpretación constitucional. Esto no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de la jurisprudencia se encuentre acorde con el principio humanista del *in dubio pro homine*”. “Teorías de la interpretación constitucional” en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Porrúa, México, 2002, p. 2819.

³⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 49.

1. El que los titulares de los derechos fundamentales hagan uso de su libertad, de derecho fundamental, así como los fines que motivos y fines que persigan es decisión y asunto suyo, es decir, no puede ser objeto de valoración jurídica.
2. El contenido nuclear o la sustancia de la libertad de los derechos fundamentales, conserva su carácter de contenido preexistente frente a las posibles y constitucionalmente admisibles medidas de intervención o delimitación de parte del legislador.
3. Las instituciones jurídicas presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental.
4. Finalmente se establece que al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de un derecho fundamental.

Por otra parte, la *teoría institucional* de los derechos fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Es decir, los derechos, bajo ésta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa. De esta manera, la libertad servirá para conseguir determinados objetivos y la actuación del Estado se ve reflejada en forma de regulaciones o sanciones. Entre las principales consecuencias jurídicas de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales, destaca:³⁷⁶

1. La ley se presenta como favorecimiento y realización de la libertad.
2. La libertad de los derechos fundamentales se orienta a determinados intereses, concretamente a la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de libertad.
3. La garantía institucional de la libertad produce la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de regulación ordinaria en presencia.

³⁷⁶ BÖCKENFÖRDE, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 53.

El punto de partida de la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales es la concepción de los derechos fundamentales desde su función pública y política. Es decir, los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política³⁷⁷. Asimismo, entre sus consecuencias destaca:

1. En ella el contenido y el alcance de la libertad se determina según la función a la que sirven.
2. Se da una fundamentación funcional de la libertad, es decir, convierte a la libertad en una competencia.

Por otra parte, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social parte de las “consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo de la sociedad general, del espacio vital dominado de autarquía individual, de relaciones y prestaciones sociales efectivas.”³⁷⁸

Finalmente, se encuentra la teoría axiológica o del orden de valores, proveniente de la teoría constitucional alemana del primer cuarto del siglo XX. En 1928, el jurista alemán Rudolf Smend publicó su obra: *Constitución y Derecho Constitucional*, en el cual expuso la famosa *teoría del orden de valores* que ha servido de base a la teoría de los derechos fundamentales que lleva ese nombre. En este libro, el referido jurista desarrolló su teoría jurídica de la integración, y en especial, la teoría de los derechos fundamentales como factores de integración material y como expresión de un sistema de valores. El iusfilósofo de Basilea

³⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 60

³⁷⁸ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 63.

entendía al a la Teoría del Estado como parte de las ciencias del espíritu al igual que lo hacía Hegel.³⁷⁹

De acuerdo a este postulado, es la realidad y no el texto literal o la abstracción dogmática las que le dan significado a la Constitución, la cual también forma parte de la realidad del espíritu. A su vez, que es integradora, y reproduce el proceso de la comunidad política. La función principal del texto fundamental de acuerdo a esto, es orientarse hacia dicha realidad, en la que influyen los procesos de integración cultural, política y social de una comunidad. Para ello, el saber que brindan las ciencias del espíritu es fundamental para cumplir con este propósito. A partir de este entendimiento de la teoría del Estado y de la ciencia del derecho constitucional, dividía a la teoría de la integración en tres apartados:³⁸⁰

- a) *la integración personal*, formada por los dirigentes políticos (miembros del parlamento, jefes de estado, burocracia administrativa y judicial);
- b) *la integración funcional o procesal*, que se refiere a las *formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo*, es decir, *procesos que tienden a producir una síntesis social*, representadas en marchas militares, manifestaciones masivas, elecciones, votaciones, los procesos constitucionales; y
- c) *la integración material u objetiva*, se refiere a un grupo de valores vividos en consonancia por una comunidad (*una sociabilidad de las vivencias sustantivas*) encarnada en banderas, escudos, territorio, historia, preámbulos, ceremonias políticas, fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales.

³⁷⁹ Al respecto, HEGEL afirma: “El Estado, en cuanto espíritu viviente, es solamente como una totalidad organizada y distinguida en actividades particulares, las cuales, procediendo de un concepto único (aunque no sabido como concepto) de la voluntad racional, lo producen perennemente como su resultado [...] la Constitución supone aquella conciencia del espíritu, e inversamente, el espíritu presupone la Constitución, porque el espíritu real mismo tiene solamente la conciencia determinada de sus principios en cuanto estos son para él como existentes”. HEGEL, G. W. F., “Filosofía del espíritu” en *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, México, 2004, pp. 344-346.

³⁸⁰ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, (trad. de José Ma. Beneyto Pérez), CEC, Madrid, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen* en 1968)

En este contexto, refiriéndose a la Constitución de Weimar, el maestro alemán apuntaba: “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resumen el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo.”³⁸¹ De esta forma, los derechos cumplen con su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático con la aprobación de la mayoría de los ciudadanos. Asimismo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar.³⁸²

Se han identificado cinco principales teorías que auxilian la labor del operador jurídico al momento de concretizar derechos fundamentales, las teorías liberal, institucional, democrático-funcional, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social y la teoría axiológica o del orden de valores. En principio, me atrevo a afirmar que las mismas, no se encuentran reñidas con la proporcionalidad ni con el juicio de ponderación. Sino que pueden servir incluso como complemento al juez, con el fin de dotar de un correcto significado a un derecho fundamental, acorde a una situación concreta, aún cuando sean presentadas como una teoría alterna a dicha herramienta argumentativa. Aunado al hecho de que el principio de proporcionalidad no se puede presentar como una herramienta autónoma, ya que ésta quedaría vacía.

³⁸¹ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, op. cit., p. 212.

³⁸² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 298.

2.3.1.2 El criterio estructural para la asignación de significado a los derechos fundamentales

En este epígrafe me encargaré de analizar la teoría interna y del contenido esencial de los derechos fundamentales como criterios estructurales para dotar de significado a los mismos. Desde el punto de vista de la teoría interna, los derechos se encuentran configurados previamente, y su contenido esencial, puede resultar definido previamente por el legislador, en el contexto del margen normativo que le concede. Asimismo, la teoría del contenido esencial presenta tres variantes: la absoluta, la relativa y la mixta. La primera no admite ponderaciones; la segunda presenta una variante relacionada con el margen estructural para la ponderación; y la última, es una postura ecléctica entre las dos citadas. A continuación, explicaré en primer lugar, la teoría interna y su distinción con la teoría externa. Y posteriormente analizaré la teoría del contenido esencial en las variantes propuestas.

2.3.1.2.1 La configuración de los Derechos Fundamentales: la teoría interna y su distinción con la teoría externa

La teoría constitucional ha distinguido dos teorías en la restricción de los derechos fundamentales: la teoría interna y la externa. Conforme a la primera (interna), existe desde el principio el derecho con su contenido predeterminado, con sus límites concretos. Por tanto, cualquier medida que afecte a su contenido, resultará una restricción al mismo. Del otro lado, se encuentra la teoría externa, la cual presupone la existencia de objetivos jurídicos diversos. El contenido del derecho no puede ser definido *prima facie*, esta clasificación proviene del derecho civil, particularmente de la herencia del derecho romano. Un claro ejemplo de esta teoría externa, es la aplicación del principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional para concretar normas de derecho fundamental.³⁸³

³⁸³ BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 66 y ss.

Müller es un partidario de la teoría interna de los derechos fundamentales, ya que parte de la conexión entre la interpretación y la realidad en la que es aplicada en la Constitución. En tal sentido, después de hacer un repaso sobre los principales métodos de interpretación de la ley distinguidos por Savigny, concluye sobre la necesidad del respeto a los principios constitucionales, así como una interpretación más amplia de las normas constitucionales, cercanas a la realidad en que las mismas se vislumbran, de acuerdo con los casos concretos en los que actúan aquellas.³⁸⁴ En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas, debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas.³⁸⁵ Esta estructura se basa en el ámbito normativo y el programa normativo, retomando este concepto de Pedro de Vega.

“... volviendo la mirada al "programa de la norma": Es éste el resultado de' la interpretación de los elementos lingüísticos primarios, el mediador con los elementos materiales empíricos. Como se hace con la ley escrita también ha de elaborarse tal "programa" con Derecho consuetudinario. El segundo, el "ámbito de la norma" es, por su parte, la estructura fundamental del sector de realidad social que para sí ha escogido el "programa" desde unos "puntos de contacto" con ella. Pero no se confunde con el "estado de hechos", como sucede con KIRCHHOF, ni con el "ámbito material" o "de la realidad"[...] ni con el "ámbito del caso" (Fallbereich), más adensado, ni con la norma jurídica misma. Es, mejor que suma, contexto de hechos y de elementos estructurales comprobables normativamente pertenecientes al ámbito material, y más que generales, susceptibles de generalización en un modo orientado al texto. Y como el "programa de la norma" y lo mismo que el "caso de Derecho", está lejos de entregarse desde el principio, tiene que lograrse. Es una afirmación acerca del curso del trabajo jurídico. Y también, pues rodeado por un mundo de los hechos, acerca de hipotéticos procesos causales. Y sirve de fundamento a una prognosis de los efectos de una ley[...] Para que se

³⁸⁴ MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, op. cit., p. 283 y ss.

³⁸⁵ MÜLLER, Friedrich, "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, p. 113.

constituya el "ámbito de la norma" han de acreditarse los hechos (el "ámbito material") como relevantes para el "programa" y compatibles con él."³⁸⁶

En este sentido, la interpretación como la aplicación no pueden ser concebidos como fenómenos aislados. Es indispensable su conexión con la realidad material que regula. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La constante indeterminación y ambigüedad es una cualidad inherente a aquéllas. En este sentido, la normatividad de los derechos fundamentales no puede agotarse en el tradicional método interpretativo de las normas jurídicas ordinarias, de acuerdo a prescripciones cerradas y herméticas, sino que requieren de precisión al caso concreto. Por consiguiente, dos puntos que serán piedra angular de su teoría son: la concepción de que la norma general no puede determinar plenamente los casos individuales a los aplicadores del derecho. Y, por otra parte, que las decisiones no pueden configurarse mediante el empleo de la lingüística (programa normativo), sino que es indispensable, el empleo de datos reales (ámbito normativo).

2.3.1.2.2 Contenido esencial de los Derechos Fundamentales: teorías absoluta, relativa y mixta

La fórmula del contenido esencial de los Derechos Fundamentales fue plasmada por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2³⁸⁷, seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1.³⁸⁸ Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo

³⁸⁶ MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, op. cit., pp. 89-91.

³⁸⁷ *Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

³⁸⁸ *Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),*

y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.³⁸⁹

Existen tres teorías que explican esta institución: la absoluta, la relativa y la mixta. Según la teoría absoluta, el contenido esencial conforma un “núcleo duro del derecho fundamental que puede ser determinado independientemente de argumentos referidos a una ponderación. De esta forma, las restricciones, que caen bajo ese núcleo duro, están prohibidas definitivamente desde el punto de vista constitucional.”³⁹⁰ Por consiguiente, la ponderación no es enteramente factible en dichas circunstancias. Y esto constituye una de las principales problemáticas, ya que la configuración del contenido queda realizada previamente.

Un caso paradigmático en la aplicación de esta teoría, es la concepción que realizó el Tribunal Constitucional Español. Dicho órgano señaló en el caso del “Decreto-Ley de Huelga”, que el contenido esencial del derecho subjetivo, puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido entonces por: “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito.”³⁹¹

Una de las defensas más sólidas en torno la teoría relativa, es el pensamiento a partir de la tesis institucional que sostiene Peter Häberle. Sobre este punto, el profesor alemán analiza a los derechos fundamentales manteniendo una visión en torno a un sistema unitario y objetivo. Si bien, la Constitución se encuentra caracterizada como un orden objetivo de valores, estos deben ser concretados y positivizados en el propio texto fundamental. Para concretar el significado de los derechos fundamentales, es indispensable una triple función de estos: la función social (en la medida en que necesitan ser configurados y desarrollados para su

³⁸⁹ DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

³⁹⁰ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 97.

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

ejercicio), como relaciones de condicionabilidad mutua (relacionados entre sí); y, finalmente, como base funcional para la democracia constitucional. Conforme a lo anterior, la garantía y ejercicio de los derechos se caracteriza a través de la unión o conexión entre los intereses individuales y públicos.³⁹²

Una adopción concreta de esta teoría relativa, puede ser vista en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la cual ha precisado al contenido esencial: como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Por otra parte, conforme al ámbito de aplicación, el *contenido esencial* de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose.³⁹³ Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas.³⁹⁴

En esta misma sintonía se encuentra el concepto de contenido esencial como derecho subjetivo, entendido como aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, el cual puede determinarse complementariamente a partir de lo que se denomina *intereses jurídicamente protegidos*, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.³⁹⁵

³⁹² HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.

³⁹³ Sentencia No. T-426/92, Corte Constitucional Colombiana, párr. 23 y ss.

³⁹⁴ SCCC No. SU-250/98, párr. 1.2.

³⁹⁵ SCCC No. T-426/92, párr. 23 y ss.

En tal sentido, la función de impedir al legislador, en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de los mismos, lo cual llevaría a su vaciamiento. En cuanto a su aplicación la interpretación y aplicación de esta cláusula está vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.³⁹⁶

Finalmente, una concepción mixta de las anteriores, se traduce en el pensamiento de Prieto Sanchís, el cual la ha definido como aquel ámbito que, cuando se encuentra sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Esta cláusula obliga a los jueces a adecuarse a los contenidos y principios establecidos por la Constitución. Igualmente, a pronunciarse sobre la misma forma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental.³⁹⁷ Dicho lo anterior, esta cláusula debe respetarse en cualquier acto de autoridad (leyes o actos), ante una posible limitación o necesidad de justificar limitaciones para la preservación de otros bienes constitucionales. De esta forma, el legislador o el Estado en ejercicio de su actividad ejecutiva, únicamente puede establecer límites o restricciones en la parte accesoria del derecho fundamental.³⁹⁸ Por otra parte, la teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después del ejercicio de ponderación respectivo, ante otros bienes o principios que deben ser tutelados por el Estado, reduciendo por consiguiente el contenido esencial al ejercicio que se lleva a cabo a través del principio de proporcionalidad.

³⁹⁶ SCCC No. T-426/92, párr. 25. Consultar también del mismo Tribunal: T-047/95, Sentencia No. T-426/92, T-044/95.

³⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales", en *Neoconstitucionalismo, derechos fundamentales y ponderación judicial*, op. cit., p. 60.

³⁹⁸ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

2.4 Premisas para la activación del principio de proporcionalidad

En este epígrafe me encargo de explicar las 3 fases o pasos que identifican el empleo normal del principio de proporcionalidad a un caso en concreto. No todos los casos donde se involucran derechos fundamentales pueden ser objeto de esta herramienta de la argumentación jurídica. Por lo que es necesario que el operador jurídico tenga los elementos necesarios para la correcta aplicación de este útil instrumento. Las fases están desarrolladas de acuerdo a tres sencillos pasos, cuya construcción doctrinal ha sido objeto de numerosos debates y construcciones teóricas, por lo que me enfocaré a realizar un esbozo de las corrientes principales o mayoritarias, explicando los elementos principales de las mismas.

En primer término, es indispensable que se trate de un caso difícil. La teoría jurídica contemporánea se ha ocupado sobre este extenso debate, a través de autores como Dworkin y Hart. Manuel Atienza ha añadido una clasificación más a esta tipología distinguiendo a los casos trágicos de estos últimos. El segundo paso consiste en la limitación o restricción a principios o valores constitucionales. En este apartado, detallaré en qué consisten dichas limitaciones o restricciones posibles para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Y sobre todo, explicaré a detalle la distinción entre valores y principios desde la compleja realidad constitucional mexicana, propia de un constitucionalismo de reglas, por encima incluso de la visión principialista que pugnamos en el capítulo 1 de esta investigación. Por este motivo, me abocaré a explicar con algunos ejemplos los síntomas de estas contradicciones de la teoría constitucional en México. En la última parte, explico en qué consisten la colisión o enfrentamiento entre principios constitucionales, necesaria en la aplicación del principio de proporcionalidad. Para cumplir con este objetivo, detallaré prima facie, la estructura y fundamento de esta herramienta, a partir del estudio de la técnica utilizada para la aplicación de cada uno de los subprincipios que intervienen en el mismo.

2.4.1 La existencia de un caso difícil donde se inscriba, prima facie, una norma de derecho fundamental

La ductilidad es una cualidad inherente al proceso interpretativo, debido a la vaguedad del lenguaje con la que están comúnmente elaboradas las normas de derechos fundamentales. En este sentido, cabe advertir que existe un margen de acción del legislador para desarrollar el contenido del derecho fundamental, respetando en todo momento los límites impuestos por el propio principio de reserva de ley y el contenido esencial o núcleo duro del derecho. En este sentido, la indeterminación de las normas iusfundamentales forman parte de este contexto, ya que la solución a los casos deriva finalmente de la decisión judicial, complementándose a través del empleo de las técnicas y procedimientos argumentativos correspondientes, tal y como sucede con la aplicación del principio de proporcionalidad. Sentado lo anterior, la primera premisa para activar el principio de proporcionalidad como instrumento de la teoría de la argumentación jurídica, es la existencia de un caso difícil de derechos fundamentales. Para ello, lo distinguiré de aquellos casos considerados fáciles.

La teoría jurídica contemporánea ha distinguido entre casos fáciles y difíciles. Dicha tipología fue elaborada por el jurista inglés Hart, a partir de su tesis en torno a la textura abierta del derecho. Al respecto, el autor mencionado señala que, en los “clear cases”, casos fáciles (o claros),³⁹⁹ se refiere a aquellos en los que nítidamente puede advertirse si una regla puede ser aplicada o no a la realidad jurídica dada. He analizado a este autor previamente, y considero que he puntualizado en la diferencia entre reglas y principios. Si bien, las reglas tienen aplicación de manera rígida, los principios son mandatos de optimización, que permiten flexibilización de acuerdo al contexto fáctico y las situaciones particulares. Precisamente, este autor se ha referido a los casos fáciles, cuando una regla es aplicada, inclusive a través de un procedimiento subsunción entre la norma (hipótesis normativa) y el hecho en concreto (hipótesis fáctica).

³⁹⁹ Normalmente la traducción de este lenguaje jurídico es como casos fáciles.

El profesor Manuel Atienza ha insistido en esta última parte, al referirse a este tipo de casos donde es suficiente la aplicación de la lógica formal para la solución de los mismos. Si A, es B, entonces C, es decir, una simple relación de consecuencia jurídica y de métodos subsuntivos. Los casos fáciles, expresa el autor de la Universidad de Alicante, “son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo.”⁴⁰⁰ Igualmente, un caso fácil puede distinguirse de los difíciles, como advierte Pablo Navarro empleando la terminología hartiana, “la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de dicho caso es consistente.”⁴⁰¹ En tal sentido, el procedimiento de justificación de la decisión judicial será a través de un razonamiento lógico-deductivo.

Por otra parte, los casos difíciles se refieren a aquellos en los que “hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica la regla.”⁴⁰² Estos son los “borderline cases”, o casos difíciles (más allá del límite o de la regla). De acuerdo a la textura abierta del derecho, los funcionarios deciden a “la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, y cuyo peso varía de caso a caso.”⁴⁰³ Por tanto, en los casos difíciles no es suficiente el procedimiento de subsunción para resolver el caso en concreto. Es entonces cuando se acude a los principios que inspiran dicho ordenamiento o la norma o normas objeto de aplicación. La argumentación jurídica ayuda a justificar las excepciones a la regla, o bien, decidir entre varias opciones posibles, la que mejor justifique el principio en aplicación.

⁴⁰⁰ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 264. Del mismo autor: *Las razones del derecho*, IJ-UNAM, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁰¹ NAVARRO, Pablo E., “Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho”, en *Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Núm. 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, p. 253.

⁴⁰² HART, *El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁰³ *Ibíd.*, p. 168.

Neil MacCormick ha creado una tipología en torno a la formulación de estos casos difíciles, argumentando los límites de la justificación deductiva, acorde a una serie de problemas relacionados con las premisas normativas y las premisas fácticas. Los de relevancia, interpretativos, de prueba y de calificación o hechos secundarios. Los primeros dos relacionados con la premisa normativa y los otros, con la premisa fáctica.⁴⁰⁴

- Los problemas de relevancia existen cuando hay dudas sobre la norma aplicable al caso en concreto.
- Los problemas de interpretación, surgen cuando existen dudas sobre cómo debe entenderse la norma o normas aplicables al caso.
- Los problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar, y
- Los problemas de calificación, se refieren a aquellos en los que existe duda sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.

Desde otra óptica, Pablo Navarro ha destacado una serie de elementos para considerar a un caso como difícil, retomando esta idea de diversos autores.⁴⁰⁵

- a) No hay una respuesta correcta.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- e) No es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.

⁴⁰⁴ MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 140 y ss.

⁴⁰⁵ NAVARRO, Pablo E., "Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Num. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp. 252-253.

- f) No es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución involucra necesariamente juicios morales

Existe una clasificación adicional a las dos anteriores que ha sido puesta de relieve en los últimos años por los filósofos del derecho, conocida como casos “trágicos”. En esta categoría, se encuentran aquellos asuntos en los cuales no existe una respuesta correcta, ya que, al momento de emitir la solución al caso en concreto, cualquier opción sería contraria al ordenamiento jurídico. Esta sistematización guarda estrecha relación con los dilemas morales, siguiendo criterios de la filosofía moral. Es decir, no existe una solución racional posible, ya que los valores que se enfrentan en el caso en particular, resultan inconmensurables, inderrotables, no admiten comparación alguna, encontrando límite la racionalidad jurídica.⁴⁰⁶

El aspecto central de esta investigación se enfoca a los casos difíciles donde se involucran principios constitucionales. No obstante, aclaro que pueden existir igualmente, casos fáciles de derechos fundamentales y principios constitucionales, donde no se requiere de la aplicación del principio de proporcionalidad o de la aplicación de la ponderación de principios. Desde mi perspectiva, existen en la teoría constitucional mexicana razones de índole dogmática y pragmática para resolver explicar y distinguir entre los casos fáciles y difíciles de derechos fundamentales.

Las primeras se refieren a la aplicación estricta de las reglas contenidas en la propia Constitución o normas reglamentarias de la misma. Existen situaciones

⁴⁰⁶ LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos” en *Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 27, Alicante, 2004, pp. 318-319. LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y ponderación constitucional (En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini)”, 2012, en *Diritto e questioni pubbliche*, No. 5, Palermo, 2005, pp. 67-85. ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional (De nuevo sobre los casos trágicos)”, en *Isonomía* no. 6, Abril, México, 1997, pp. 7-30.

donde se trata de la aplicación de una regla contenida en la propia Constitución, ya sea que ésta contenga prohibiciones hacia el legislador o la autoridad, el caso de la prohibición pena de muerte, el plazo improrrogable de 72 horas para poner a disposición al inculcado ante un juez o dejarlo libre, o la orden de un juez federal para intervenir cualquier comunicación privada. Estos son solo algunos ejemplos en los cuales, la aplicación de normas de derechos fundamentales son obligatorias, ya que sean prohibitivas o bien, de simple aplicación.

Las razones de índole pragmática se refieren a la sobrerregulación existente en la Constitución mexicana de los mismos derechos fundamentales. Esta situación la abordo en el siguiente capítulo con algunos ejemplos existentes en la Carta Magna, a fin de ilustrar lo complejo que resulta en ocasiones para un operador jurídico, la aplicación de las propias normas de derechos fundamentales, ya que, además de la optimización de principios, existen reglas que regulan principios y viceversa. Por ahora, me limitaré a explicar que esta sobrerregulación conduce a la existencia, en muchas ocasiones, de “casos fáciles” de derechos fundamentales, donde solo es necesaria la aplicación (un tanto detallada y compleja) de las reglas contenidas en dichas normas, pero que podrían conducir a problemas con efectos de “casos difíciles”.

La adscripción prima facie, de una norma de derecho fundamental ha sido descrita previamente en los anteriores apartados. No redundaré más en el proceso de comprensión de las normas, así como en la concreción de las mismas. Únicamente, me limitaré a señalar que, en efecto, esta fase de adscripción de la norma constitucional en cuestión, actúa siguiendo la lógica formal, subsumiendo las normas reglamentarias o de desarrollo respectivas a la norma iusfundamental. El siguiente paso, trata de la existencia de intervenciones o restricciones a los derechos, donde es igualmente necesaria la lógica formal. Mencionaré adicionalmente, que, a diferencia de los casos fáciles, el empleo del principio de proporcionalidad significa de alguna forma, la creación de una regla individual para un caso en particular.

2.4.2 Que limite o restrinja principios o valores constitucionales: intervención en el contenido de la norma iusfundamental

La teoría constitucional se ha ocupado de la distinción entre reglas, valores y principios. El derecho constitucional en la actualidad se ha vuelto sofisticado, por ende, uno de los propósitos es llevar a cabo una sólida estructura de fundamentación que auxilie al operador jurídico al momento de resolver problemas jurídicos. De ahí que no se puede prescindir de la teoría jurídica que ayude a comprender y distinguir el complejo entramado constitucional en el que se encuentran diariamente inmersos los operadores de este tipo de normas iusfundamentales. Otra de las premisas para la activación del principio de proporcionalidad es la existencia de límites o restricciones a principios o valores constitucionales.

Existen valores que también pueden tener el carácter de principios y viceversa, pero no todos los valores tienen el carácter de principios. Los valores pueden ser definidos como aquellas directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo. De acuerdo al filósofo del derecho Pérez Luño estos pueden ser clasificados conforme a los objetos o finalidades que persiguen cada uno de ellos.⁴⁰⁷

- 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, y

⁴⁰⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, op. cit., p. 288. Del mismo autor: *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2010, pp. 27-28. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Tébar, 2007, Madrid, pp. 74-75.

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.

Ante la dimensión axiológica de las normas contenidas en la Constitución, se encuentra la visión de las reglas en los textos fundamentales. Estas pueden ser consideradas como aquellas “*normas que sólo pueden ser cumplidas o no*”. Las mismas contienen determinaciones “en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”⁴⁰⁸ 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 ponderación.”⁴⁰⁹ Finalmente se encuentran los principios, los cuales cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder.⁴¹⁰ En tal sentido, se consideran 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 sentido.”⁴¹¹

El iusfilósofo 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 jurídicas.⁴¹² 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 estricto.⁴¹³ El modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 87.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁴¹⁰ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., p. 19.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 20.

⁴¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86.

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 111-112.

argumentación jurídica racional. De este modo la ley de ponderación dice lo que tiene que ser fundamentado racionalmente.⁴¹⁴

Recapitulando, las diferencias existentes entre los valores, reglas y principios las condense de la siguiente manera. Los valores son directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo. A su vez, éstos pueden ejercer una función fundamentadora, orientadora y/o crítica. A guisa de ejemplo, se puede hacer alusión a los valores que pugna la Constitución Española como valores superiores del ordenamiento jurídico en su artículo 1º: libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Como sucede en igual sentido en la Constitución mexicana, cuando define a la educación impartida por el Estado como democrática, al considerarla “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.” O bien, cuando se refiere al desarrollo de la carrera judicial, bajo los “principios” de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Si bien, se mencionan “principios”, de acuerdo a la clasificación teórica que he realizado previamente, encajan perfectamente en el apartado de valores constitucionales, ya que los mismos tienen una labor fundamentadora del orden jurídico que desarrollan en las leyes posteriores de carrera judicial.

Por otra parte, la aplicación de un principio exige la intervención activa de quien aplica el derecho, el cual debe efectuar un ejercicio de optimización al caso en concreto que aplicara el principio. El legislador se ha dado cuenta de que no puede jamás agotar la variable y rica gama de situaciones capaz de presentarse en la vida social. Por tal motivo, el pensamiento jurídico se encuentra encaminado hacia una concepción *sustancialista* y *no formal* del derecho.⁴¹⁵

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 167-169.

⁴¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 18-

Las reglas configuran un supuesto en forma cerrada y no pueden someterse a gradualización alguna, es decir, se cumplen o no se cumplen.⁴¹⁶ Deseo detenerme en este aspecto, ya que, si bien las normas relativas a derechos fundamentales, deberían contener de inicio un principio, en la teoría y la práctica constitucional mexicana sucede una situación muy peculiar, ya que las Constituciones y las leyes reglamentarias de los artículos, se encuentran plagadas de abultadas reglamentaciones, donde los principios son extendidos y regulados, a tal grado de dificultar al operador jurídico una optimización de los mismos. La tendencia en los países de Latinoamérica, entre ellos México, persiste la idea de una Constitución regulativa en lugar de una principialista, desmontando la tesis de una Ley Fundamental de mínimos, e invirtiéndola a una de máximos, en donde subyace la idea de una desconfianza de los pactos políticos, volviendo necesaria su reglamentación constitucional.

Cito un ejemplo paradigmático para el derecho mexicano. Se trata de la reforma penal con tinte garantista y de corte acusatorio que ha tratado de implementar el sistema de procuración y administración de justicia en los últimos años. El artículo 20 de la Constitución Federal expresa que el proceso penal será acusatorio y oral, el cual se rige bajo los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Su origen se encuentra inspirado en el modelo garantista del derecho penal contemporáneo, donde el respeto a las garantías al debido proceso son indispensables para guardar el equilibrio procesal entre las partes.⁴¹⁷ Acorde a ello, en el apartado B), del mencionado precepto, el

⁴¹⁶ TORRES ESTRADA, Pedro, "Las tendencias del derecho constitucional en México", *op. cit.*, pp. 234-240.

⁴¹⁷ La historia de la reforma constitucional en materia penal es bien sabida, aunque valdría la pena recordar algunos antecedentes importantes ocurridos durante el proceso legislativo. Las propuestas comenzaron con el proyecto de reforma de 29 de septiembre de 2006, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, con el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, al artículo 20 constitucional. Posterior a ello, el 19 de diciembre de 2006, se presentó la iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México. De inmediato, la Mesa Directiva en esa misma fecha, mediante oficio número D.G.P.L. 60-II-3-260, acordó que se turnara a la Comisión de Puntos Constitucionales, con opinión de la Comisión de Justicia. El 6 de marzo de 2007, se presentó por el Revolucionario Institucional una iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 19 y 20, y el día 29 siguiente al precepto 22 de la ley

legislador decidió consagrar el principio de presunción de inocencia de la siguiente manera. *Derechos del imputado. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.*

Evidentemente que, cuando hablamos de la presunción de inocencia, estamos ante un principio constitucional. El cual, sin embargo, sufre distorsiones al momento de su aplicación. Basta citar la figura del arraigo consagrada también en la Constitución Federal en su artículo 16, en forma de regla, en la cual, si se cae bajo determinados supuestos jurídicos, puede tratarse de una detención física de una persona de 40 a 80 días, donde se le restringe su libertad personal, únicamente con el objeto de que la autoridad lleve a cabo labores de investigación, es decir, una medida cautelar en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad de la persona que se pretende imputar alguna clase de delito, o como se diría coloquialmente, *primero detener, para luego investigar.*

La teoría principialista nos aconsejaría aplicar el principio de presunción de inocencia en su máxima amplitud, a tal grado de no permitir ninguna detención arbitraria por más de 72 horas, tal y como lo estipula en forma de regla, el artículo 19 de la Constitución Federal (o 144 en caso de así solicitarlo el imputado), o bien, por más de 48 horas, en los casos de flagrancia sin una orden de un juez, pues, con independencia de que el arraigo tenga como objetivo la investigación de una persona, dicha medida se trata de una detención desde el punto de vista material

fundamental. El 25 de abril de 2007, la bancada de los Partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia presentó una iniciativa de reforma a los preceptos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Carta Magna. Finalmente, el 4 de octubre de ese mismo año, el partido de la Revolución Democrática presentó diversas iniciativas a los artículos constitucionales 18, 21 y 104; de adición al 17 y reforma a varios preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. *Cfr. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)*, Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, México, 2008, p. 135.

de la teoría de los derechos fundamentales, limitando la libertad de la persona, como ya lo había consagrado años atrás incluso la propia SCJN.⁴¹⁸

Sin embargo, en aquella ocasión donde el Tribunal Constitucional mexicano había declarado la inconstitucionalidad de una norma, lo hizo bajo el argumento de *inferior jerarquía* a la Constitución. Pero en esta ocasión, nos encontramos ante la problemática de dos normas de igual valor desde el punto de vista formal. Es decir, ante el choque de un principio (presunción de inocencia) y una regla constitucional, donde el operador se ve ante la disyuntiva de elegir dos normas (Ley Fundamental). Una que permite la optimización de la misma (principio presunción de inocencia); y otra, que exige ser aplicada en razón de la solicitud expresa del Ministerio Público Federal y ante los supuestos de crimen organizado⁴¹⁹, necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, pudiéndose duplicar dicho periodo por otros 40 días.

Esto nos conduce a un gravísimo problema de interpretación y argumentación constitucional, que no es susceptible de ser resuelto ni por un ejercicio argumentativo a través del principio de proporcionalidad o la ponderación, ya que una norma declarada abiertamente inconstitucional, fue elevada a rango constitucional por el legislador, con el objeto de resolver el problema mismo de inconstitucionalidad de la norma, declarada por el propio Tribunal Constitucional. Existen algunos pronunciamientos sobre la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, como lo asentaba Otto Bachof.⁴²⁰ No obstante, en el presente caso nos encontramos una regla frente a un principio de igual

⁴¹⁸ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

⁴¹⁹ Recuerdo que el concepto de crimen organizado resulta ser definido de antemano por la propia Carta Magna como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

⁴²⁰ Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

jerarquía, pero bajo un esquema principialista de derechos y un modelo garantista de derecho penal, donde no es permisible la detención de una persona de manera desproporcional e irrazonable, como sucede en el presente caso, en virtud de que se violan los principios del debido proceso, presunción de inocencia y libertad, consagrados en la Carta Magna.

Si a esto añadimos la compleja situación del control de convencionalidad de las normas constitucionales acorde a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, el problema se torna aún más complejo, ya que la interpretación más favorable que debiera realizarse, es la prevalencia de los principios antes mencionados ante la presencia de una regla contenida en el dispositivo constitucional. En tal virtud, no solo la materia penal se encuentra llena de una gama de reglamentaciones a los principios constitucionales que han tornado compleja la labor de la interpretación constitucional. La materia electoral es un claro modelo de la sobrerregulación de los principios en el propio texto fundamental. Por ejemplo, se ha legislado a tal extremo en torno al principio de equidad en las campañas electorales, que se ha querido expresar que es permisible y no en una campaña, rayando en lo grotesco, al establecer en las propias normas constitucionales infracciones electorales a manera de un Código Electoral.

De acuerdo a lo anterior, existen principios constitucionales en la Constitución mexicana que han sido ampliamente detallados por el legislador, al extremo de convertir el texto fundamental en una especie de Código, donde prevalece la aplicación de reglas, por encima de la optimización de principios. A esto, se suma el problema de las Leyes Reglamentarias de las normas constitucionales, que si bien, no se admite expresamente que gozan de la misma jerarquía a las normas del texto fundamental, resulta imposible su impugnación por medio de recursos judiciales, como resulta ser la Ley de Amparo, es decir, en contra de la propia Ley que reglamenta el juicio para la protección de Derechos Humanos. En tal sentido, las leyes reglamentarias también se han convertido en

una especie de extensión legislativa para la sobrerregulación de los principios constitucionales.

Comparto la idea de que las Leyes deben regular aquello no dispuesto por el legislador en la Ley Fundamental. Por ende, en principio podría resultar a primera vista saludable que una norma constitucional cuente con Leyes que regulen lo no estipulado en las Cartas Constitucionales, al ser éstas de mínimos y no de contenidos máximos. Sin embargo, la práctica constitucional en México ha convertido este ejercicio en una especie de salida legislativa, para burlar el contenido esencial de ciertos derechos fundamentales, despojándolos de su necesaria protección. Reitero el ejemplo de la antigua Ley de Amparo, específicamente en su artículo 73, cuando hacía referencia a las causales de improcedencia y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existe todo un conjunto de interpretación sobre estas causales en donde no es admisible una demanda de amparo, que van desde simples formalidades indispensables como la firma, hasta cuestiones de fondo como el concepto de interés jurídico, que han volcado en una especie de salida fácil (inadmisión de demandas) para muchas pretensiones de colectivos que exigen sus derechos, y cuya respuesta por la autoridad judicial suele ser el desechamiento de sus demandas por no demostrar el interés jurídico. Cuando, ante una posible controversia de esta clase, el principio de tutela de justicia efectiva, en su vertiente *pro actione*, y acorde al derecho internacional de los derechos humanos, nos obliga a optimizarlo y flexibilizarlo, es decir, en caso de duda, debe admitirse la demanda, siendo favorable a los actores de la solicitud.

En tal sentido, no ha resultado sencillo explicar la activación del principio de proporcionalidad ante la presencia de un principio de índole constitucional o internacional (Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos) en el derecho mexicano. En este sentido, considero indispensable destacar un conjunto de elementos que nos pueden auxiliar para identificar la existencia de casos

donde se limiten o restrinjan valores o principios. En primer lugar, no es posible optimizar reglas, aun cuando éstas tengan el carácter constitucional. Es decir, estas deben aplicarse o no, de acuerdo a las condiciones que exija determinado supuesto normativo. Lo que sí es posible, es llegar a la aplicación de determinada regla, conforme a una valoración de las premisas fácticas, y darnos cuenta si esa regla admite excepciones o no acorde a cada caso individual.

Ahora bien, un principio admite la optimización del mismo, a partir de las premisas fácticas y normativas del caso en concreto. La sobrerregulación de un principio ocasiona una aplicación estricta de los mismos y un estrecho margen para su aplicación, es decir, para su optimización, es cuando se acude entonces a la reglamentación que se haga de los mismos en el propio texto fundamental. Los principios nos permiten entender los ordenamientos jurídicos en su conjunto y no de manera aislada. En tal sentido, cuando una regla se encuentre frente a un principio, y su aplicación sea contradictoria entre sí, deberá acudir a herramientas de la teoría jurídica como la interpretación conforme o el control de convencionalidad para dar cabida a las normas. En el siguiente epígrafe me ocupo de explicar como sucede la colisión o enfrentamiento entre los principios constitucionales, como paso para la activación de esta herramienta argumentativa.

2.4.3 La solución a conflictos de derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad

El juicio de ponderación como criterio hermenéutico-constitucional para lograr la concreción de los derechos fundamentales goza de un gran prestigio en la jurisdicción constitucional e internacional. Tal y como he apuntado previamente, su empleo se ha vuelto común en el derecho público común europeo y latinoamericano. Casi desde su nacimiento, el Tribunal Constitucional Español había venido escasamente aplicando este principio, con ciertos matices y precisiones conceptuales, pero cercanos a la idea de control y asignación de significado al contenido de las normas de derechos fundamentales.

En España, fue hasta 1995, el momento en que es receptiva la jurisprudencia de aquel alto Tribunal, en materia de principios y valores constitucionales, con la sentencia 66/1995, reconociéndolo como un auténtico criterio para controlar la intervención y restricción a los derechos fundamentales.⁴²¹ No obstante su aplicación por el Tribunal Español, éste ha sido objeto de innumerables concepciones, que lo han llevado a ser objeto de una cantidad considerable de mutaciones conceptuales (criterio, factor, regla, examen). Por su parte, en México, su empleo por la SCJN data apenas a principios del presente siglo (2003), con la solución a distintos casos en materia de igualdad y principio de razonabilidad.

Para llegar a la ponderación, es necesario seguir tres fases escalonadas, conocidas como subprincipios: la adecuación o idoneidad, la necesidad o alternatividad y la proporcionalidad en sentido estricto.⁴²² La ponderación ha sido severamente criticada, debido al ámbito discrecional del que goza el juez constitucional al momento de evaluar las magnitudes concretas que intervienen en el proceso de ponderación de bienes. Habermas se encuentra también en desacuerdo con el empleo del principio de proporcionalidad, y con que éste, brinde una justificación racional a las decisiones judiciales. La teoría de la argumentación de Alexy se encuentra edificada sobre la teoría de la acción comunicativa del sociólogo alemán.⁴²³ Según Habermas, una teoría discursiva del derecho que pretenda enlazar la ética del discurso, debe distinguir entre la “pretensión normativa de validez de las reglas morales y la pretensión de legitimación de las normas jurídicas.”⁴²⁴ El sucesor de la Escuela de Frankfurt ha rebatido la idea de

⁴²¹ BERNAL PULIDO, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España” en *La teoría principialista de los derechos fundamentales (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy)*, SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 226.

⁴²² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss.

⁴²³ GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en DOXA, 17-18, Universidad de Alicante, 1995, pp. 271-302.

⁴²⁴ HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, p. 206.

que los derechos fundamentales puedan reconocerse (como lo hace el propio Tribunal Constitucional Federal Alemán) como una categoría concreta de valores.

En este aspecto, afirma que los derechos fundamentales no deben ser tratados como valores, sino que se deben entender como normas, prescripciones dirigidas a sus destinatarios cuya generalidad y abstracción rigen por igual a todos. En cambio, los valores significan “preferencias intersubjetivamente compartidas” sobre ciertos bienes deseables para la comunidad y, en consecuencia, auspician la consecución de conductas para alcanzar su mayor grado posible. Los derechos fundamentales implican normas, ordenan conductas obligatorias, los valores tienden a llevar a cabo acciones adecuadas para la consecución de fines, además, un derecho es válido y se debe aplicar en todo caso concreto, mientras que la principal cualidad de los valores es su flexibilidad.⁴²⁵

Asimismo, el mencionado autor, critica que la labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha ido en contra de las labores propias de la instancia legisladora, desplazando a través de la ponderación, la creación de valores materiales importantes para la comunidad.⁴²⁶ Y peor aún, advierte que este proceso de justificación de las decisiones judiciales carece de criterios de racionalidad, convirtiéndose en una herramienta de arbitrariedad o no reflexiva utilizada normalmente por los jueces, dado que los valores son inconmensurables.⁴²⁷ Asimismo, Guastini ha denunciado el establecimiento de una jerarquía axiológica movediza, ya que es variable en la solución de casos, no quedando en conflicto resuelto de manera estable y siendo imprevisible la solución del mismo a futuro.⁴²⁸ Y en ocasiones, dos operadores pueden llegar a diferentes

⁴²⁵ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 327.

⁴²⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 331.

⁴²⁷ *Ibíd.*, p. 332.

⁴²⁸ GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 86.

resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto.⁴²⁹

Otros autores han criticado que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Aunado a ello, manifiestan que existe un acuerdo pleno sobre el resultado. Acusan también a los Tribunales Constitucionales de sólo dar una apariencia de fundamentación a sus decisiones y brindar apariencia de legitimidad a un activismo judicial que resulta violatorio de las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria, entre otras cuestiones también relevantes.⁴³⁰ A continuación, detallaré cada uno de los aspectos técnicos para la correcta aplicación de la ponderación.

2.4.3.1 Subprincipio de adecuación o idoneidad

Este subprincipio se presenta de la siguiente forma: el medio escogido por el Legislador para lograr el objetivo de la norma, debe ser idóneo y adecuado, es decir, perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. Esta acepción está compuesta de dos elementos: el fin y el medio. Para ello, es imprescindible analizar el fin de la ley que se pretende favorecer, así como el análisis de los medios para conseguirlo. En principio, un fin legítimo, será aquel que no vaya en contra de los principios consagrados en el texto constitucional, ya sea que se

⁴²⁹ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 56.

⁴³⁰ Al respecto puede consultarse el interesante debate entre Juan Antonio García Amado, Prieto Sanchís y los aportes de Carlos Bernal Pulido en el volumen siguiente: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 237-264; Vid. además: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La interpretación constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74; “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007. ATIENZA, Manuel, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012.

encuentre la prohibición de manera expresa en el texto fundamental, o se desprenda de algún criterio interpretativo del mismo.⁴³¹ Al respecto, la profesora Clérico ha indicado que este subprincipio se podría enunciar de la siguiente manera: “cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal).”⁴³²

Para ilustrar lo anterior, ejemplificaré a continuación, un caso de libertad de expresión frente al derecho a la intimidad. Se trata del caso de una figura pública, un torero que una tarde ha sido cornado por un toro en una plaza de toros, el cual ha quedado muy grave y ha tenido que ser intervenido de manera urgente en la enfermería de la misma plaza. Los medios siguen a detalle cada uno de los movimientos hasta la enfermería. El torero, después de una lucha incesante, fallece. La familia se rehúsa a que los medios de comunicación siguen reproduciendo en el noticiero de la noche, el video transmitido en vivo por un popular canal de Televisión, donde aparece el torero siendo intervenido por los médicos de la plaza de toros en la enfermería, argumentando que se viola el derecho a la intimidad de su familiar, además de causar un grave sufrimiento a la familia, ya que se difunden imágenes fuertes, con su familiar corneado por el toro, hasta el momento de su muerte, en la enfermería. Por ello, exige al medio una indemnización económica, por haber causado daños y perjuicios morales, al haber transmitido el video de los hechos durante esa noche, e incluso crear un documental sobre ello.

El medio de comunicación alega el ejercicio legítimo del derecho a informar al público (libertad de expresión), el cual pretende la mayor realización de este derecho, a través de la difusión a mayor audiencia de lo que sucedió exactamente

⁴³¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 704.

⁴³² CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 39.

esa tarde en la plaza de toros. Además, se defiende en el hecho de que ellos únicamente están reproduciendo el video grabado en vivo aquella tarde y reproducido a nivel nacional. Si bien, la familia no niega que se informe sobre la muerte del torero a los medios de comunicación, no están de acuerdo en la forma o manera de difundir la noticia del fallecimiento, al transmitir de manera íntegra desde la plaza, hasta la enfermería y con la culminación de la muerte del mismo. Es decir, ambos buscan el fin u objetivo de informar a los seguidores de la famosa figura pública, incluso, existen leyes que permiten y facultan a la prensa para hacerlo, pero ambas partes no coinciden o difieren de los medios para conseguir su realización (informar). En tal sentido, se puede hablar de una colisión entre la libertad de expresión frente al derecho a la intimidad. En este sentido, el mandato de adecuación o idoneidad técnica sirve para examinar si la medida u objetivo de la norma es legítimo.

En esta sintonía, la adecuación se encuentra en estrecha conexión con la teoría de los márgenes legislativos, expuestos en los epígrafes anteriores. El margen de apreciación estructural, a favor del legislador, consiste en que, los medios elegidos por el mismo, han sido los más adecuados y óptimos para perseguir el fin u objeto de la norma en cuestión. Asimismo, uno de los elementos fundamentales para su comprensión, es la relación fáctica que existe entre la finalidad de la norma, y la medida para llevarla a cabo por la autoridad. La complejidad surge, cuando no se cumple a cabalidad con la relación teleológica del fin u objetivo perseguido, acorde a los principios constitucionales o normas de derecho fundamental. Por tanto, uno de los elementos imprescindibles en dicho examen, es la conexión positiva entre los medios para conseguir los fines de la norma en cuestión.

Acorde a Laura Clérico, existen dos versiones para el examen de adecuación técnica: una débil, y otra fuerte. Este aspecto, se relaciona íntimamente con la discrecionalidad fuerte o débil que ejerce el juez constitucional para evaluar las medidas tomadas por el legislador para alcanzar los objetivos de

la norma. Dicho en otras palabras, permite un margen de acción estructural para el examen de adecuación. En este aspecto, la versión fuerte de dicho mandato, exige que la elección del medio (s) permita alcanzar en la mayor medida posible el fin perseguido por la norma, desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa y de probabilidades.⁴³³ Esta visión o modelo fuerte del principio de adecuación es bastante exigente, ya que en ocasiones, determinadas variables son desconocidas al momento de creación de la norma, escapando por consiguiente del proceso legislativo, y de las demás circunstancias e intereses de los afectados con la vulneración del derecho en cuestión, no solamente al momento de creación de la norma, sino durante toda la vigencia de aquélla.

Para satisfacer de mejor manera el examen de adecuación técnica o idoneidad, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desarrollado dos formulaciones (una negativa y otra positiva) para determinar si se han satisfecho los requerimientos de este principio. Por una parte, la versión negativa ha quedado delineada de la siguiente manera. “¿Es el medio escogido por el legislador “inapto objetivamente”, “inadecuado objetivamente”, “sin más inadecuado”, “en principio inadecuado”, para fomentar el fin perseguido (o “no guarda ninguna relación” o mantiene “ninguna conexión” con el fomento del fin perseguido)?” Por otro lado, la formulación positiva señala: “¿puede con su ayuda ser fomentado “el resultado deseado”?”⁴³⁴

Si después de un examen cuidadoso, el juez determina que la aplicación de la regla de la adecuación técnica, aún subsisten dudas sobre si el medio es o no adecuado de manera abstracta y general, debe pasarse a la siguiente fase o paso de la ponderación, que es la regla del medio alternativo menos gravoso (principio de necesidad o elección de medios alternos), para examinar la justificación a la restricción de los derechos invocados. Siguiendo con el ejemplo que ponía al principio de este epígrafe (torero), normalmente, el Estado no impone leyes que

⁴³³ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 59 y ss.

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 61 y ss.

regulen de manera estricta o gravosa a la prensa, por lo que el medio o fin de informar deberá ser presumido de legítimo, aun ante la colisión del derecho a la intimidad. Sobre todo para evitar el vaciamiento del contenido esencial o núcleo de ambos derechos y optimizar ambos, en la medida de lo posible. Esto no significa que deba ser resuelto a priori, a favor del medio informativo (libertad de expresión), sino que deberá llevarse a cabo otro examen, el de la *necesidad* de la medida. Es decir, si no existían otros medios o fines menos gravosos para el afectado para cumplir el fin de la norma, tal y como explicaré a continuación.

2.4.3.2 Subprincipio de necesidad

El subprincipio de necesidad se formula de la siguiente manera. El medio establecido en la norma o el acto de autoridad es necesario, si el legislador no pudo elegir otro medio (si bien igualmente adecuado técnicamente), pero que podría haber limitado menos el derecho o principio constitucional afectado. Siguiendo la ley material de la ponderación elaborada por Alexy, esto tiene una explicación sencilla: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio”. Es decir, el legislador o la autoridad no pueden conseguir objetivos o fines de manera desproporcional o innecesaria, si existen medios alternativos menos gravosos para conseguirlo.⁴³⁵

Siguiendo con el ejemplo del epígrafe previo. El fin de informar, se pretende lograr a través de la difusión de un video en televisión pública nacional, donde aparece un torero siendo intervenido quirúrgicamente, en circunstancias extraordinarias, en la enfermería de la plaza de toros. Mientras que la familia, considera que la forma menos lesiva para informar al público aficionado, es a través de la difusión de la noticia, donde se indique que el torero se encontraba muy grave e inestable, pero no a través de la difusión de imágenes o videos grotescos, donde aparezcan las intervenciones quirúrgicas, aún cuando la difusión

⁴³⁵ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, op. cit., p. 114 y ss.

de imágenes haya sido motivo del seguimiento de la cornada en la plaza de toros (lugar público).

El medio informativo alega que el Estado no puede crear leyes que restrinjan la libertad de prensa, y menos de la manera en que deben informar al público sobre una noticia, y sobre todo, cuando se trata de un personaje de relevancia pública. De acuerdo con estos hechos y argumentos, el Estado debe decidir si la medida tomada por el medio de comunicación resulta lo suficientemente gravosa para el afectado y su familia, a tal grado de ser objeto de una indemnización económica por haber dañado gravemente su honor y lucrado con la desgracia de estas proporciones, ya que, acorde a este examen, existían medios alternativos menos gravosos para informar, que no dañaban el derecho a la intimidad y honor de la víctima y la familia.

Al respecto, pueden existir dos hipótesis. La primera, es que el ejercicio del derecho a informar, se encuentra al amparo bajo el principio de libertad de expresión, y el Estado no debe coartarla, aún cuando resulte notoriamente desagradable para el público o la familia la difusión del video en cuestión, puesto que se trata, acorde a los hechos, de un video surgido de manera instantánea, acorde al seguimiento de los hechos desde la plaza de toros, donde fue corneado el torero, hasta la enfermería. Convirtiendo el lugar de los hechos finales en público, y donde se encontraba una multitud tratando de averiguar qué había sucedido exactamente y cómo se encontraba la víctima.

Una segunda hipótesis, nos indica que no debió seguirse la grabación cuando se encontraban en la enfermería, es decir, el medio para cumplir con el fin u objetivo del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, es abiertamente desproporcional. Por lo que bastaba con informar a los seguidores del torero en la prensa, que el mismo se encontraba bastante grave y difundir, incluso minuto a minuto, sobre su estado de salud, pero no de manera tan expresa y gráfica, tal y como sucedió. Cada uno de las dos posibles soluciones tiene un

planteamiento positivo y otro negativo. Una tercera opción, sería la que establece que ambas posturas se encuentran en igualdad de circunstancias, es decir que ambos principios iusfundamentales (libertad de expresión vs derecho a la intimidad) se encuentran en igualdad de circunstancias ante esta colisión, se convertirían entonces en candidatos neutrales. Es decir, que los medios para conseguir el fin u objetivo de informar se encuentran justificados constitucionalmente y que no existían medidas alternativas que restringieran en menor grado el derecho a la intimidad, por lo que es indispensable, llevar a cabo una ponderación entre los dos bienes constitucionalmente tutelados, es decir, medir la afectación causada a cada derecho fundamental en concreto.⁴³⁶

2.4.3.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)

Alexy ha elaborado dos leyes para explicar la ponderación: ley material, y la ley epistémica. La primera es enunciada de la siguiente forma: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio”. La segunda, de la siguiente manera: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.⁴³⁷ A diferencia de la primera ley de ponderación, esta segunda ley no enfatiza la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino su calidad epistémica. Es decir, en el peso factual de la argumentación jurídica.

En esta medida, la interferencia en la realización de cada derecho en conflicto, no se debe afectar el contenido esencial los mismos. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa o el acto de autoridad en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa, la configura Bernal Pulido en tres pasos:

⁴³⁶ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, op. cit., p. 120 y ss.

⁴³⁷ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, pp. 349-372.

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.⁴³⁸

Conforme a estas reglas, el primer paso conforme al ejemplo anterior (caso del torero), consiste en determinar que se trata del conflicto entre el derecho fundamental a la información (vertiente del derecho a la libertad de expresión) contra el derecho a la intimidad, cuya titularidad es ejercida por los familiares del torero, quienes se sienten perjudicados y afectados por la transmisión reiterada de una cadena de televisión sobre la cornada y posterior intervención quirúrgica de su familiar, en esta medida, su intimidad y honor ha sido afectado. El siguiente paso, radica en la necesidad de determinar la importancia de ambos bienes. En el caso en concreto, se tendría que llevar a cabo esta comparación a partir de la medida en cuestión, que resulta ser la indemnización económica solicitada por los familiares en contra de la televisora que difundió el video.

Debe considerarse igualmente, que la empresa de televisión llevó a cabo un reportaje y transmitía información calificada como neutral, ya que se limitaba a reproducir el contenido informativo que fue transmitido en vivo por primera vez aquella tarde, por lo que la veracidad de su contenido no es puesta en duda. Por otra parte, el ejercicio de libertad de información es importante para la formación de una opinión pública responsable, además de encontrarnos ante un personaje de relevancia pública. Por ende, la intensidad de protección del derecho a la intimidad hacia el torero será menor, que si fuese un particular. No obstante, el

⁴³⁸ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss.

contenido esencial de su derecho a la intimidad y su honor, debe ser protegido y debe considerarse si el hecho de haber sido atendido dentro de la enfermería, forma parte o no de su esfera íntima que debe ser protegida por el Estado, aún cuando se trate de un personaje de relevancia pública.

Es decir, en qué medida el contenido material de la información transmitida por la empresa de televisión ayuda a formar una opinión pública responsable y si la calidad de la información transmitida, no es únicamente por morbo (interés del público), en lugar de un afán verdaderamente de profesión periodística. Además se debe considerar seriamente, si el hecho de reproducir este tipo de videos, fomenta o no, la instrumentalización de una persona para la satisfacción de otras, en franca vulneración a su dignidad humana. Por ello, *la relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo*, es decir, la imposición de una multa por concepto de daño moral a los familiares de la víctima (en protección de la intimidad y el honor), resulta no lesiva del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, sino afectada en menor medida, ya que se busca reparar la violación al derecho, a través de una indemnización económica, debido al afán de lucro, a través de la transmisión de estos videos, generó indudablemente un rating mayor al que cotidianamente se presenta en dicha televisora en días normales, y su transmisión excedió los límites de lo razonable, es decir, del ejercicio periodístico.

Cuando nos encontramos ante dos derechos fundamentales, de igual jerarquía y peso, no se pueden llevar a cabo ponderaciones en abstracto. De acuerdo con la teoría de Robert Alexy, la ponderación debe ser llevada a cabo a través de procesos de concreción a partir de las distintas circunstancias en que se desenvuelve cada caso. Ninguna ponderación puede ser igual a otra, esta es una de las distinciones fundamentales entre los casos fáciles de los difíciles. La ley epistémica de la ponderación exige que se evalúen las premisas empíricas de cada caso en particular, tomando en cuenta la *magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance, duración, así como la certeza* de cada una de las

premisas.⁴³⁹ A partir de este análisis concienzudo que se lleve a cabo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinarse si la afectación a cada derecho resulta ser leve, intermedia o intensa.

En tal sentido, se puede concluir que la magnitud en la que es afectado el derecho a la información en el caso expuesto, resulta menor, en relación con el derecho a la intimidad del afectado, este mismo quedaría sin protección y anulado, si no se protegiese lo más íntimo, así como su dignidad, de no ser considerado como un simple instrumento de entretenimiento, ya que sus últimos momentos de agonía (torero), fueron expuestos públicamente, en reiteradas ocasiones, después de haber informado a los televidentes sobre lo que sucedía. De tal manera, que la afectación a su familia, por el dolor causado con su muerte (honor), además del alcance nacional que tuvo la noticia, la rapidez con la que se propagó la noticia y su duración, ocasionó una afectación que puede ser calificada de intensa, en relación con la afectación leve que pudiese sufrir la condena a la empresa de televisión al pagar la multa a los familiares.

⁴³⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 791.

CAPÍTULO 3

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON CONSTITUCIONAL PARA LIMITAR O RESTRINGIR LOS DERECHOS HUMANOS: SU CONSOLIDACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por numerosas jurisdicciones constitucionales como canon de control para justificar racionalmente una decisión que limita derechos fundamentales o principios constitucionales; asimismo, ha tenido un desarrollo prolijo en la propia jurisdicción internacional de los Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo. Al respecto, la profesora FERNÁNDEZ NIETO advierte sobre el juicio de ponderación lo siguiente.

La jurisprudencia comunitaria [Europa], lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970, en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que la han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como “el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común” y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamente que emane la Comunidad.⁴⁴⁰

En tal sentido, esta herramienta se ha consagrado como parte del derecho común europeo, a través de su inclusión expresa del subprincipio de adecuación y necesidad en la propia Convención Europea sobre Derechos y Libertades Fundamentales. Entre los instrumentos a nivel comunitario que han adoptado este instrumento, se encuentran: el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arts. 8.2 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia), art. 9.2 (derecho a manifestar la religión o convicciones), art. 10.2 (sobre la libertad de expresión), 11.2 (libertad de reunión pacífica y de asociación) y en el 18 (el cual tiene como

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 288.

regla general aplicable a la proporcionalidad). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 52.1) y Constitución Europea (II.109.3; II.112.1).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual forma parte la jurisdicción constitucional del Estado mexicano, ha sido a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su implementación como una especie de un derecho común latinoamericano. En el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (Art. 4, 29). Declaración Universal de Derechos de 1948 (29), 8.1 a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966. (Arts. 4.1, 12.3, (derecho a circular libremente y a escoger la residencia), 14.1 (derecho a un proceso público), 18.3 (derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias), 19.3 (libertad de opinión), entre otros.

De manera muy similar que su homólogo europeo, la CIDH ha interpretado los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establecen que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, siguiendo el camino de la ponderación sobre distintas materias, tales como el uso de la fuerza pública, concepto de orden e interés público, integridad personal, libertad de expresión, derecho a la intimidad, indemnización justa en casos de expropiación, derechos políticos, entre otras. La CIDH ha expuesto una serie de requisitos extraídos del artículo 30, de la citada Convención para concluir.

... la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas".⁴⁴¹

A su vez, las reglas sobre el empleo de la ponderación han sido empleadas para resolver casos relacionados con el uso legítimo de la fuerza pública (las cursivas son mías).

... para resolver el caso concreto, la Corte

1) verificará si la tipificación del delito de injuria contra las Fuerzas Armadas afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal;

2) estudiará si la protección de la reputación de las Fuerzas Armadas sirve a una *finalidad legítima* de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para *lograr la finalidad perseguida*; (subprincipio de adecuación o idoneidad).

3) evaluará la necesidad de tal medida, (subprincipio de necesidad) y

4) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta... garantizó en forma amplia el derecho a la reputación de las Fuerzas Armadas, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión. (Ponderación).⁴⁴²

Las fases o pasos se han ido perfeccionando con el paso del tiempo en sede interamericana. Su confección ha ido alimentándose a partir de la resolución de conflictos sobre distintas temáticas. El objetivo de este capítulo será explicar la recepción en la jurisprudencia mexicana del principio de proporcionalidad a través de distintas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de Tribunal Constitucional, expuestos como casos emblemáticos o trascendentales que han servido de paradigma para el posterior desarrollo de esta importante figura.

⁴⁴¹ CIDH: OC-6/86, la expresión "leyes" en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, 9 de mayo de 1986.

⁴⁴² SCIDH: Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 20 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 49.

La estructura del presente capítulo se encuentra dividida en cinco epígrafes, la primera da cuenta sobre la metodología a seguir para el estudio de los precedentes seleccionados, así como los criterios metodológicos que he utilizado para su elección. Posteriormente, abordaré el aspecto del origen y desarrollo que ha tenido el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana, a través del principio de igualdad y razonabilidad jurídica en materia fiscal y administrativa. Igualmente, hablaré de su desarrollo en materia de suspensión del acto reclamado. Acto seguido, realizo la distinción con la materia fiscal (proporcionalidad tributaria), electoral y penal.

Los siguientes epígrafes analizan casos concretos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación por razón de salud (Caso de Militares con VIH) ante un caso de la jurisprudencia española con similitudes fácticas y jurídicas. Después analizo el empleo del principio de proporcionalidad en relación al derecho a la vida, con el caso de trasplantes de órganos entre vivos, ante un caso de la jurisprudencia española.

Finalmente abordo distintos casos relacionados con el derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor e intimidad, principalmente aquellos que tienen relación con la libertad periodística o informativa en la jurisdicción constitucional mexicana, conocido como Caso “La Jornada”, ante otro caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del país ibérico. Cabe precisar lo relacionado a cada capítulo, se encuentra incluida la inclusión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana al formar parte del sistema de derechos humanos en México, de acuerdo a la decisión más reciente de la Corte mexicana.

3.1 Metodología propuesta para la selección y análisis de precedentes judiciales como “casos difíciles” en la jurisprudencia mexicana y extranjera

El enfoque por medio del cual se analizan los casos judiciales en los sucesivos apartados es a partir de la doctrina del precedente judicial, a diferencia de nuestro país, donde el reporte de la jurisprudencia es en base a tesis. En México, el sistema funciona a partir de la incorporación de meras abstracciones obtenidas de las sentencias emitidas por el Poder Judicial Federal, convirtiéndose propiamente en una especie de codificación de las sentencias, en lugar de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, dejando de lado el verdadero contexto constitucional a partir del cual surgen.⁴⁴³

En este sentido, opino que nuestro sistema constitucional se encuentra obligado a transitar hacia un modelo más flexible de mera jurisprudencia constitucional a otro de doctrina jurisprudencial, donde la construcción conceptual y metodológica ocurra a partir de la identificación del contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles. Otra de las problemáticas detectadas, es la existencia en el sistema constitucional mexicano de graves deficiencias relacionadas con los asuntos de legalidad que aún son vistos por la Suprema Corte, pero en su calidad de Tribunal Constitucional, y que de alguna forma interfieren en el normal y más efectivo desempeño de su labor como defensor de la Constitución, debilitando su capacidad de difundir los precedentes de mayor relevancia.

⁴⁴³ El Maestro Manuel González Oropeza ha denunciado esta falta de sistematización en la jurisprudencia constitucional mexicana, advirtiendo que la reiteración de cinco ejecutorias, que a su vez derivan en las tesis, únicamente se dedican a abstraer los principios sobre los que se deciden esos casos particulares, modificando la intención original de los creadores del Semanario Judicial de la Federación. En adición a lo anterior, añade que desde 1988, las tesis han sido definidas por la misma Suprema Corte como criterios abstractos de interpretación de las normas jurídicas aplicadas a los casos resueltos, que prescinden de los datos concretos que inspiraron la resolución, descartando la obligación de resumir las resoluciones que se derivan las tesis de jurisprudencia. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67

Conforme a lo anterior, el análisis que realizo en estos dos capítulos será a partir de la teoría de los precedentes constitucionales. Desde la perspectiva del derecho anglosajón, el respeto al precedente se realiza a través del diseño de reglas y principios, de acuerdo a las situaciones y circunstancias específicas de cada caso.⁴⁴⁴ Por ende, la doctrina del precedente busca que los jueces puedan “encontrar un punto de equilibrio entre sus intuiciones de justicia en casos concretos, por un lado, y los principios generales que permiten justificar las decisiones alcanzadas en casos particulares.”⁴⁴⁵ Por tanto, considero que una auténtica doctrina jurisprudencial debe lograr la concreción de los principios de justicia en sus resoluciones constitucionales con la finalidad de lograr las ideas de justicia política de una comunidad determinada.⁴⁴⁶

Por este motivo, la selección de casos en los siguientes capítulos se ha basado en criterios de trascendencia y relevancia, ya sea porque sea la primera vez (en la mayor parte de ellos) que nuestro máximo Tribunal se pronuncia al respecto, y otros, por el enorme impacto en el aspecto económico, político y/o social en nuestro país. Lo anterior, identificado concretamente en temas como: fuero militar, retenes militares, tutela de justicia efectiva, debido proceso, aborto, genocidio, cambio de sexo, a la luz del principio de proporcionalidad.

De acuerdo a este hilo conductor, considero que el sistema constitucional en nuestro país se encuentra en la fase fundacional o de sentencias fundadoras de línea, cuando se refiere a principios como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, principio de proporcionalidad, límites a la libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, extensiones y límites al principio de igualdad. Por

⁴⁴⁴ BIX, Brian, *Jurisprudence (Theory and context)*, Carolina Academic Press, Durham, Carolina, 2009, p. 148. El profesor Michael Gerhardt por ejemplo, ha diseñado lo que él denomina como: “la regla de oro del precedente”, y se refiere precisamente a la dinámica constitucional concerniente a la conexión que deben tener los jueces con los precedentes, a pesar de las experiencias, preparación y temperamento con el que ellos mismos impregnen sus fallos. GERHARDT, Michael J., *The Power of precedent*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 79.

⁴⁴⁵ FERRERES COMELLA, Víctor, “Estudio introductorio” en SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana)*, Marcial Pons, Madrid, 2007,

⁴⁴⁶ SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia, op. cit.*, p. 38.

este motivo, pienso que esta nueva concepción de precedentes auxilia hacia una sólida creación de una teoría constitucional. Entendiendo por ésta última al “esfuerzo por justificar un conjunto de prescripciones acerca de cómo deben decidirse los casos constitucionales controvertidos”⁴⁴⁷; y por precedente vinculante, “aquéllas decisiones que dentro de ciertos patrones fácticos conservan la fuerza gravitacional sobre casos análogos por sus hechos y circunstancias.”⁴⁴⁸

Paralelo al estudio descrito en los párrafos anteriores, llevo a cabo un análisis jurisprudencial de los mismos temas que han sido resueltos por otros Tribunales Constitucionales e internacionales en materia de Derechos Humanos. He seleccionado el modelo de principio de proporcionalidad proveniente del Tribunal Constitucional Español; asimismo, recurro al modelo configurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia vinculante para los jueces mexicanos.

Ahora bien, el método analítico de la jurisprudencia en torno al principio de proporcionalidad busca llevar a cabo una comparación sobre el desarrollo de esta institución de la teoría constitucional de los derechos fundamentales, a través del análisis concienzudo sobre los elementos que la configuran en cada uno de los modelos configurados tanto en la doctrina como en los Tribunales, y posteriormente, realizar un ejercicio crítico sobre la inestabilidad de aplicación como criterio argumentativo en las resoluciones del Tribunal Constitucional mexicano.

Con la finalidad de que el presente estudio siga el rigor metodológico más óptimo, he tomado en consideración los principales criterios que debe seguir un análisis jurisprudencial de esta magnitud. He seleccionado precedentes que han sentado un paradigma importante en la justicia constitucional mexicana, tomando

⁴⁴⁷ STRAUSS, David A., *What is constitutional theory?*, in *Modern constitutional theory (A reader)*, ALEINIKOFF, T. Alexander, et. al., Thomson West, 1999, p. 12

⁴⁴⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces (Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial)*, Legis-Universidad de los Andes, p. 109.

en consideración su gran relevancia social, política y/o económica en la vida constitucional del país, de acuerdo a la perspectiva valorativa de los derechos fundamentales: derecho a la igualdad y no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso, libertad de expresión y libertad de tránsito.

3.2 Origen y reconocimiento del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana

El reconocimiento original del principio de proporcionalidad como instrumento para limitar derechos fundamentales ocurre en la materia fiscal a través del análisis de diversos asuntos relacionados con varios artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta.⁴⁴⁹ En este primer momento, se determinaron varias reglas que serían retomadas posteriormente por la Primera Sala de la SCJN para configurar el test de razonabilidad al momento de evaluar medidas legislativas violatorias del principio de igualdad.

Cabe resaltar que este es uno de los primeros precedentes donde la SCJN reconoce valores superiores del ordenamiento jurídico, además de modificar el paradigma tradicional de la equidad tributaria, entendida como la fórmula clásica de proporcionalidad contenida en el artículo 31, fracción IV, sino como el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho.⁴⁵⁰ De esta manera, este moderno principio de equidad tributaria analizado bajo el prisma de la proporcionalidad, quedó configurado de acuerdo a los siguientes elementos.

⁴⁴⁹ EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Junio de 1997; Pág. 43. P./J. 41/97.

⁴⁵⁰ Ver: Considerando Quinto de las sentencias correspondientes: Amparo en revisión 321/92. Pyosa, S. A. de C. V. 4 de junio de 1996. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel; Amparo en Revisión 1525/96. Jorge Cortés González. 8 de mayo de 1997. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

a) no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que dicha violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable; (principio de razonabilidad)

b) a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas; (principio de razonabilidad americano)

c) no se prohíbe al legislador contemplar la desigualdad de trato, sino sólo en los casos en que resulta artificiosa o injustificada la distinción; (idoneidad de la medida) y

d) para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley, deben ser adecuadas y proporcionadas, para conseguir el trato equitativo, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional (subprincipio de adecuación).

Posteriormente, otro reconocimiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad como herramienta para limitar o restringir derechos fundamentales ocurre en la jurisprudencia electoral, emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) durante los años 2001 a 2002, en el ámbito del derecho administrativo sancionador. La confección de esta jurisprudencia se encuentra elaborada conforme a los más altos cánones y criterios doctrinales explicados en la segunda parte del presente trabajo. Se distinguen claramente los tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.⁴⁵¹

Las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encaminadas a salvaguardar a los gobernados de los actos arbitrarios de molestia y privación de cualquier autoridad, ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales, como en el caso de la función investigadora en la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos. Este principio genera ciertos criterios básicos que deben ser observados por la autoridad administrativa en las diligencias encaminadas a la obtención de elementos de prueba, que atañen a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La idoneidad se refiere a que sea apta para conseguir el fin pretendido y tener ciertas probabilidades de eficacia en el caso concreto, por lo que bajo este criterio, se debe limitar a lo objetivamente necesario. Conforme al criterio de necesidad o de intervención mínima, al existir la posibilidad de realizar varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, deben elegirse las medidas que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas relacionadas con los hechos denunciados. De acuerdo al criterio de proporcionalidad, la autoridad *debe ponderar si el sacrificio de los intereses individuales de un particular guarda una relación razonable* con la fiscalización de los recursos de los partidos políticos para lo cual se estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los derechos enfrentados, así como el carácter del titular del derecho, debiendo precisarse las razones por las que se inclina por molestar a alguien en un derecho, en aras de preservar otro valor.

No ahondaré sobre el origen de este precedente, ya que el objeto de estudio en la presente investigación se circunscribe a la aplicación del principio de proporcionalidad como canon argumentativo por la SCJN en su calidad de

⁴⁵¹ Tesis S3ELJ 62/2002, Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6, páginas 51-52, Sala Superior, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 235-236.

Tribunal Constitucional. Cabe precisar que la conceptualización que realiza el TEPJF de esta herramienta es lo suficientemente clara para advertir que nos encontramos ante un reconocimiento bastante claro de una figura de la argumentación jurídica contemporánea.

Por su parte, el origen del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la SCJN puede ser rastreado a partir del test de razonabilidad relacionado con la violación al principio de igualdad. Son dos criterios fundamentales que aprobó la SCJN para desarrollar este principio los cuales datan del año 2004, y terminan por constituir jurisprudencia en septiembre de 2007. Las reglas o requisitos de esta herramienta argumentativa se encuentran contenidos en las jurisprudencias de la Primera Sala: 55/2006⁴⁵² y 37/2008.⁴⁵³

Posteriormente, el Pleno del máximo Tribunal mexicano reconocerá las reglas anteriores a partir de su aplicación en el caso de Militares con VIH,⁴⁵⁴ de manera un tanto confusa e imprecisa, ya que se confunden las distintas fases o subprincipios mediante las cuales se aplica esta herramienta argumentativa. Para precisar lo dicho anteriormente, comenzaré explicando el origen del principio de proporcionalidad a partir de los precedentes concretos que generaron las jurisprudencias de la Primera Sala: 55/2006 y 37/2008, y en el epígrafe subsecuente, me dedicaré a explicar las distintas reglas utilizadas en los distintos precedentes que generaron la jurisprudencia del caso Militares con VIH.

⁴⁵² IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁴⁵³ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, p. 175. Esta última jurisprudencia está compuesta por dos de los amparos de la anterior jurisprudencia (988/2004 y 846/2006).

⁴⁵⁴ GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. Tesis: P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.

3.2.1 El origen del principio de proporcionalidad a partir del análisis al principio de igualdad

El origen del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana proviene del test de razonabilidad relacionado con la violación al principio de igualdad. Son dos criterios fundamentales que aprobó la SCJN para desarrollar este principio los cuales datan del año 2004, y terminan por constituir jurisprudencia en septiembre de 2007. Las reglas o requisitos de esta herramienta argumentativa se encuentran contenidos en las jurisprudencias de la Primera Sala: 55/2006⁴⁵⁵ y 37/2008.⁴⁵⁶

No todos los casos que dieron origen a estas jurisprudencias tuvieron un efecto emblemático o trascendental desde el punto de vista de la teoría de la ponderación, pero sí se debe conceder importancia desde la perspectiva del derecho administrativo y fiscal, ya que se aclaran las reglas para considerar cuando una ley satisface el requisito de razonabilidad, en relación con el principio de igualdad, redimensionando el antiguo principio de proporcionalidad en materia fiscal. Por ello, destacaré algunos aspectos relevantes en torno a los precedentes generadores de las jurisprudencias referidas arriba.

Los dos primeros asuntos tratan sobre los amparos en revisión 1351, 1260, 1207, 1700 y 1834, todos de 2006, resueltos el siete de mayo de dos mil ocho, acerca de la impugnación a *un Decreto emitido por el Presidente de la República, que eximía del impuesto al activo a determinados contribuyentes*. La impugnación se centró en la violación al principio de equidad, dado que el actor sí había cumplido con dicha carga fiscal, afectando por consiguiente, su patrimonio. La sentencia niega el amparo solicitado, calificando de inoperantes los agravios del

⁴⁵⁵ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁴⁵⁶ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, p. 175. Esta última jurisprudencia está compuesta por dos de los amparos de la anterior jurisprudencia (988/2004 y 846/2006).

petionario, ya que el Decreto emitido por el Presidente de la República no respondía a un hecho tributario ni fiscal, sino a un fenómeno de la naturaleza o a un problema económico o social. Interesa en primer lugar advertir una distinción paradójica realizada por la Corte, ya que emplea la teoría principialista de derechos fundamentales para considerar así a los principios de justicia fiscal.

Los principios de justicia fiscal en realidad no son principios ni normas programáticas, sino derechos fundamentales de corte económico, relacionados con la propiedad y la libertad humana, e inmediatamente vinculantes, es decir, tienen operatividad plena a través de un instrumento jurídico supralegal, ya que no constituyen meros valores o principios orientadores de la acción estatal si se pondera que poseen verdadera eficacia normativa.

A pesar de lo anterior en la misma sentencia se argumenta líneas después de manera contradictoria y confusa, ya que le otorga a los principios de justicia tributaria, el carácter de “derechos fundamentales”, pero después afirma que no se trata de verdaderos principios, invocando argumentos basados en la definición de principios que el mismo Robert Alexy daría en su teoría de los derechos fundamentales.

Los llamados principios de justicia tributaria son derechos fundamentales porque su vigencia tiene tal grado de necesidad, que sin ellos no podría desarrollarse válidamente la actividad financiera estatal, pues tienen el matiz de vincular a los poderes públicos constituidos, por lo que *no son en sí mismos un principio, dado que estos se caracterizan porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de posibilidades jurídicas y reales*, de tal suerte que su cumplimiento es flexible y admite graduaciones, siendo considerado un simple mandato de optimización estatal, aspectos todos que no se identifican con los denominados por costumbre principios de justicia tributaria.

En este punto de la resolución se encuentra un equívoco conceptual y metodológico grave, cuando se clasifica a los principios de justicia tributaria como principios de derechos fundamentales y después se les niega ese carácter, cuando señalan lo siguiente. “No son en sí mismos un principio, dado que estos se caracterizan porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de posibilidades jurídicas y reales”. Esa misma definición de derechos fundamentales, la realizó Robert Alexy, en su Tratado sobre Teoría de los Derechos Fundamentales décadas atrás, pero cabe advertir que la posición asumida por el iusfilósofo alemán es desde una concepción principalista de los derechos fundamentales, es decir, que éstos son principios o mandatos de optimización, que se realizan dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

En resumen, para esta concepción, es un equivalente hablar de principios y derechos. Por tanto, la distinción conceptual realizada por la Corte al negarles el carácter de principios y después devolvérselos materialmente (con el concepto de derechos fundamentales del autor citado), con el propósito de realizar un análisis de constitucionalidad menos rígido, en nada ayuda a soportar el argumento de la inoperancia de los agravios, relacionado con el hecho de que el Poder Ejecutivo realizaba una función recaudatoria, ajena a los derechos fundamentales de la proporcionalidad y equidad en los impuestos.

Ahora bien, la regla que se aplica sobre el principio de igualdad es la siguiente: *debe de existir un mandamiento de tratamiento igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles un tratamiento desigual*. Por su parte, un tratamiento desigual obliga a establecer diferenciaciones entre supuestos de hecho distintos cuando se persiga una finalidad constitucionalmente imperativa y los medios para conseguirla se ajusten a la misma, por ejemplo, compensar una situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos.⁴⁵⁷

⁴⁵⁷ Considerando Séptimo, Amparo en revisión 1351/2006. De igual forma, la tesis aislada CXXXVIII/2005, con el rubro: IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO,

Por último, se determinó la constitucionalidad del Decreto, estableciendo que los fines perseguían una finalidad constitucionalmente legítima, ya que buscaban facilitar la creación y generación de mayores recursos que permitieran a las personas con baja capacidad contributiva y administrativa realizar sus actividades productivas para el beneficio del país. Asimismo, se estableció que dicho decreto era proporcional con la medida adoptada, ya que no afectaba de manera innecesaria o excesiva otros bienes protegidos por la Constitución Federal. En síntesis, el supuesto de hecho diferenciador que permite aplicar de manera distinta el principio de igualdad en una situación y otra es la capacidad económica y administrativa de unas y otras. Es decir, resulta necesario que el Estado impulse las actividades productivas de quienes tienen menor capacidad contributiva, a través de la creación del empleo y la economía en general, ya que normalmente resultan ser los más vulnerables a las condiciones en que se encuentra la economía nacional.

Desde esta perspectiva, la mejor forma de justificar el peso concreto de los principios constitucionales en colisión, reside en la posición epistemológica que permite saber y conocer claramente la afectación concreta de la medida tomada (subprincipio de necesidad y ponderación). Se trata de información del Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática, donde se advierte que las pequeñas y medianas empresas tienen importancia en la economía nacional, ya que éstas dieron empleo al 72.9% del personal total ocupado en las unidades económicas. Desde nuestra perspectiva, esto dota de mayor peso para determinar que la medida adoptada por el ejecutivo resultó constitucionalmente legítima (proporcionalidad fiscal vs recaudación tributaria).

derivada del amparo en revisión 1629/2004, cuyo objeto de impugnación fue el Decreto referido, se determina que: “la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos y situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una “pluralidad de términos de comparación”, los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad”.

Me gustaría, en última instancia, analizar con detenimiento otra de las reglas deducidas de la jurisprudencia 81/2004.⁴⁵⁸ Conforme a esta jurisprudencia, la Corte reconoce a la igualdad como uno de los principios superiores del ordenamiento jurídico, tal y como lo haría en su momento el constitucionalismo y la doctrina jurisprudencial española. Al respecto refiere: “el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación [...]”. Líneas adelante, se reitera el criterio sostenido por las tesis jurisprudenciales referidas con antelación en este mismo apartado, al señalar:

el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado [...]el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

De la tesis transcrita, se advierte la primera regla: “no soportar un perjuicio desigual e injustificado”; asimismo, ésta debe encontrarse justificada en razones constitucionales. Dicho lo anterior, pasaré al análisis de los cinco precedentes que dieron lugar a la jurisprudencia transcrita. El primer asunto, se trata del amparo en revisión 1174/99, resuelto el diecisiete de abril de dos mil uno, en el cual se impugnaban distintos artículos de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Entre los aspectos reclamados, destaca el auto por el cual se ordenaba la

⁴⁵⁸ IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Registro: 180345; Tesis: 1a./J. 81/2004; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Octubre de 2004; Pág. 99.

ejecución del laudo arbitral dictado en el procedimiento seguido ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), aduciendo básicamente la inconstitucionalidad de varios preceptos de la referida ley, al establecer en ellos, una diferencia desigual de tratamiento entre proveedores y consumidores, ya que no existía una igualdad de trato al momento de llevar a cabo el proceso de arbitraje, toda vez que los clientes, siempre son representados por PROFECO, mientras que los proveedores no.

En lo que respecta a las violaciones específicas en el proceso arbitral, se adujo que se violaban las reglas legales en conciencia y buena fe guardada, que se deben seguir dentro de un arbitraje de amigable composición, violando por consiguiente el derecho fundamental a una resolución fundada y motivada. Dentro de la estructura argumentativa de la sentencia, se transcribe parte de la exposición de motivos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y se argumenta que dicha normativa tiene la finalidad de procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, a partir de criterios objetivos de equidad, que evitaran el riesgo de intercambios desiguales en las relaciones de consumo.

Posteriormente, como premisa mayor de la sentencia, se establece una regla por la jurisprudencia precisada, sobre la prohibición de establecer desigualdad de trato, si ésta no se encuentra justificada en situaciones objetivas y razonables. Finalmente, en una especie de subsunción clásica, se concluye que los artículos impugnados no resultan violatorios del principio de igualdad, de la transcripción de la exposición de motivos y el pequeño análisis realizado a la misma, se concluyó que la normativa tenía como finalidad esencial, procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, lo cual resultaba acorde al orden público e interés social.

Finalmente, en la resolución se precisa que el trato desigual plasmado en la ley constituía una justificación objetiva y razonable, ya que dichas normas tenían por objetivo lograr la justicia social, en ámbitos regidos por criterios de equidad. Además, que las normas impugnadas establezcan la salvaguarda de los intereses de los consumidores, no implica el perjuicio a los proveedores, esto no significa que derivara una condena en su contra. Afirmando que, de acuerdo con la doctrina liberal, era falsa la premisa acerca de que el consumidor fuera el que dictara las condiciones del mercado, ya que los mecanismos de producción e intermediación provenían de prácticas monopólicas y hegemónicas, por lo que éste se encontraba desprotegido ante dichas prácticas, en tales condiciones inequitativas, renunciaba a sus derechos como consumidor.

Asimismo, el hecho de que la PROFECO sea el organismo que defienda a los consumidores, esto no implica un tratamiento desigual en el proceso arbitral, ya que en dicha ley, se detallaban los procedimientos a seguir en un proceso, incluso, precisa que ambas partes pueden invitar a las sesiones de trabajo formadas por unos y otros, en las que pueden formular observaciones a favor de sus intereses. De estos últimos razonamientos, podemos advertir la estructura argumentativa relacionada con la justificación de tratos desiguales, a partir de la *objetividad y razonabilidad*.

El segundo caso para generar la jurisprudencia apuntada, se refiere al amparo 392/2001, de veintiuno de agosto de dos mil dos, en el cual se impugnaban distintos artículos de la Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros, concretamente la solicitud de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, acerca de informes, consultas y reclamaciones concernientes a su actividad. El actor adujo, *inter alia*, la violación de distintos derechos fundamentales, entre ellos, el principio de igualdad y equidad, en relación con la libertad de trabajo y actos privativos, por el hecho de que la ley impusiera a las instituciones financieras la obligación de regular las relaciones y servicios que prestaran a sus usuarios, en cuanto a consultas y

reclamaciones, incluso crear un departamento especializado para la resolución de estas dos últimas actividades.

Al respecto, el análisis de la constitucionalidad de dicha normativa guarda una justificación objetiva y razonable, porque la finalidad constitucionalmente perseguida, es reglamentar que las consultas y reclamaciones de los usuarios de servicios financieros sean solucionadas por la propia prestadora del servicio. En esta parte de la sentencia, la Corte realiza un análisis parecido al del caso anterior, al distinguir a través de una distinción entre tratamientos desiguales y el principio de igualdad. Sin embargo, concluye su argumentación con la exposición de los criterios del principio de igualdad, a partir de un razonamiento simple, consistente en una premisa mayor, derivado del análisis de la garantía individual de la seguridad jurídica. En lo particular, considero que resultaba innecesario la invocación o el empleo de las reglas a los límites al principio de igualdad, sin encontrar una justificación de la cual se determine claramente los hechos o la conexión de estos con el principio de igualdad, derecho a la libertad de trabajo y seguridad jurídica. Constituyendo un análisis independiente de uno con otro.

El penúltimo precedente es relativo a dos amparos directos en revisión 1256/2002 y 913/2003, los cuales versaron sobre la impugnación a los artículos 68 y 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, que en esencia establecen que: “Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito”. Para adquirir dicho reconocimiento bastará su nombramiento por el Consejo de Administración o Consejo Directivo.

Los actores aducían la violación al principio de igualdad, dicha legislación establecía un trato discriminado para los banqueros y no banqueros, ya que, para los primeros, bastaba con la certificación realizada por un contador autorizado por la misma empresa, para que un contrato se convirtiera en un título ejecutivo. Es decir, ante una misma situación jurídica, la ley trataba de forma distinta a las instituciones de crédito y a los particulares. Para apoyar este punto, los actores argumentaron que el legislador no había tomado en cuenta la realidad social protegiendo al débil, sino que privilegiaba a los bancos, dándoles facilidades para que cualquier documento lo convirtieran en un título ejecutivo, convirtiéndose así en una prerrogativa a favor de las instituciones bancarias.

En las sentencias apuntadas, la justificación objetiva y razonable que brinda la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de los artículos impugnados, se centra básicamente en la necesidad de que las instituciones bancarias, en virtud de las facultades que gozan las mismas y las circunstancias específicas que las caracterizan, se sitúan en una posición jurídica distinta, en relación con las personas que no desempeñan funciones bancarias. Como soporte a este punto, se citan otros precedentes resueltos con antelación por la misma Suprema Corte. Además, señaló que la normativa citada se fundaba en necesidad de alentar el tráfico mercantil, lo que implicaba establecer las condiciones jurídicas necesarias, y de esta forma, permitir la celeridad, seguridad y eficacia en las operaciones que sirven para propiciar el crédito, y por consiguiente, la circulación de la riqueza.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, el actor señalaba igualmente una violación al principio de igualdad procesal, de esta manera, los títulos ejecutivos que fueran certificados por el contador constituían una prueba preconstituida, y por consiguiente, se convertían en títulos ejecutivos exigibles en un juicio ejecutivo mercantil, rompiendo en consecuencia la igualdad procesal en materia probatoria, en favor de la institución crediticia, y en perjuicio del particular dentro de un juicio. Al respecto, la Corte sostuvo que no se violaba dicho principio,

ya que la normatividad respectiva no establecía la privación de los derechos respectivos a aportar pruebas, alegar, presentar alegatos o impugnar. Incluso, se determinó que es impugnabile de igual forma la falsedad o inexactitud del certificado contable y la calidad de la persona que se dice contador autorizado.

Finalmente, se encuentra el amparo en revisión 797/2003, en el cual se impugnaba el artículo 49 de la Ley de Concursos Mercantiles, la cual facultaba únicamente al comerciante, visitador, acreedores demandantes y al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia a través de la cual se declarara el inicio de un concurso mercantil. Respecto a la estructura argumentativa empleada en la sentencia, se determinó en primer lugar, el criterio ya establecido sobre los límites al principio de igualdad y los requisitos para la existencia de tratos desiguales. En el caso en particular, se impugnó el desechamiento del recurso de apelación, de parte de un acreedor en dicho proceso. Por tanto, el trato justificatorio objetivo y razonable que realizó la Corte fue el siguiente.

resulta evidente que los acreedores que demandan el concurso mercantil, al provocar el inicio y desarrollo del proceso relativo y, por ende, reconocérseles su legitimación desde la admisión de la demanda, se encuentran en una situación diferente de aquellos acreedores que no participaron en el procedimiento instaurado para la declaración de concurso mercantil, al no haber ejercido la acción prevista en el artículo 21 de la Ley de Concursos Mercantiles, no obstante estar legitimados para ello; de ahí que, se establece, no puede hablarse de que todos los acreedores (demandantes y no demandantes) *estén en igualdad de situaciones y que la ley de la materia les otorgue un trato desigual.* (Subprincipio de adecuación).

Simultáneamente, se analizó la inconstitucionalidad por violación al debido proceso, específicamente al privar de los acreedores de un derecho sin juicio previo, al respecto, se argumentó que no existía tal privación, la sentencia únicamente daba lugar a que se iniciara el concurso mercantil, cuya finalidad a su vez, consistía en garantizar el cumplimiento de las obligaciones de parte de la

empresa acreedora, pero era hasta el momento final del dictado de la sentencia de concurso, cuando ésta misma pudiera ser objeto de apelación de parte de todos los sujetos mencionados, incluidos los acreedores no demandantes.

Sentado lo anterior, concluyo de manera preliminar que el origen del principio de proporcionalidad como herramienta para asignar significado concreto a los derechos fundamentales sigue el mismo procedimiento descrito por la doctrina, pero con la variante de la razonabilidad jurídica, misma que proviene del modelo de test de razonabilidad anglosajón, propio de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. De acuerdo a las variantes planteadas en relación con el modelo teórico de proporcionalidad descrito en la última parte del capítulo anterior, de los casos relatados en el presente epígrafe se pueden desprender las siguientes reglas argumentativas para una mejor aplicación del principio de proporcionalidad cuando incide en su aplicación el principio de igualdad.

1. Es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida (subprincipio de adecuación);
2. Es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido (subprincipio de adecuación o idoneidad);
3. El legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o

- desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos (subprincipio de necesidad o medio más benigno); y
4. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad [...] porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa (margen de acción normativo), mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado (margen de acción epistémico a partir de la ponderación).

A continuación, me dedicaré a explicar el reconocimiento del principio de proporcionalidad a partir de la aplicación de los cánones apuntados, a partir del estudio y análisis de varios casos resueltos con la separación de varios militares discriminados por el ejército mexicano por padecer el VIH, la cual constituye una de las decisiones más emblemáticas dictadas por este órgano judicial.

3.2.2 Recepción del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana: caso “Militares con VIH” (SCJN)

Si bien, la ponderación nace con el principio de igualdad descrito en el epígrafe previo, la recepción formal como criterio obligatorio y general para todos los órganos jurisdiccionales y como un criterio de la hermenéutica constitucional para resolver colisiones entre derechos fundamentales, ocurre con la tesis descrita al inicio de este tercer capítulo, cuyo rubro y texto transcribo para efectos de análisis.

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ Tesis: P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

De acuerdo a esta jurisprudencia el principio de proporcionalidad y razonabilidad jurídica deriva del principio de legalidad, en relación a la actividad del legislador donde éste no puede actuar de manera abiertamente desproporcionada o arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. Las reglas reconocidas de manera expresa por el Pleno del órgano constitucional se constituyen varios pasos escalonados que vale la pena analizar detenidamente para una mejor comprensión de la fórmula en estudio.

1. El subprincipio de idoneidad o adecuación. Es decir la persecución de una *finalidad constitucionalmente legítima para alcanzar un fin*. En esta jurisprudencia, la Corte divide en dos elementos el referido subprincipio: incisos a) y b), de la tesis;
2. El subprincipio de necesidad. *Que en el logro de la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la norma o el acto de autoridad no implique una carga desmedida o injustificada para el gobernado*. En esta descripción se encuentra ausente la existencia de medidas alternativas para restringir en menor grado los derechos fundamentales en conflicto (necesidad o medio más benigno);
3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Este elemento se encuentra ausente en la citada jurisprudencia. Incluso, como lo

demostraremos líneas adelante, la Corte *confunde el subprincipio de proporcionalidad con el de necesidad*; y

4. La tesis incluye un elemento adicional: el *principio de razonabilidad*. Es decir, que se encuentre justificado en razones constitucionales.

Desde la perspectiva del derecho comparado, el principio de razonabilidad tiene mayor raigambre en el modelo americano de test de balanceo. En un inicio, la razonabilidad se constituye como un test menos exigente, “que ya no requerirá la minimización en la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda.”⁴⁶⁰ En este sentido, la CIDH ha sostenido que la razonabilidad implica un juicio de valor, de conformidad con los principios del sentido común. Siendo razonable, “lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, debido a que toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable.”⁴⁶¹

Pienso que la inclusión del principio de razonabilidad en la mencionada jurisprudencia no tiene un fundamento metodológico claro, ya que la jurisprudencia no precisa si se trata de su adaptación de la razonabilidad como principios de sentido común o como forma de ponderar valores en conflicto (test de balanceo). En este sentido, la SCJN fusiona y desprende la ponderación a partir del principio de legalidad, contenido en el artículo 14, párrafo segundo, de la CPEUM, acorde a la concepción de los años ochenta del Tribunal Constitucional Español (TCE), identificando a la ponderación como un principio de prohibición de exceso o arbitrariedad.

⁴⁶⁰ DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 114.

⁴⁶¹ CIDH: OC-13/93, 16 de julio de 1993, ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 33.

Por ahora, explicaré el origen de esta jurisprudencia a partir de las cinco sentencias en las cuales tuvo origen, con la finalidad de ahondar más en las razones y argumentos que avalaron esta decisión.⁴⁶² Se trata de cinco amparos en revisión, todos hacen referencia a un caso relativo a varios militares con VIH que fueron separados del ejército mexicano por haber contraído dicha enfermedad, ya que la fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas establecía como causa de retiro: “Quedar inutilizado en actos fuera de servicio”. El ejército mexicano aplicó de manera silogística la sanción mencionada en el numeral indicado, debido a que los hechos indicaban que, efectivamente, los cinco militares estaban contagiados con el VIH.

El personal de las fuerzas armadas que había contraído esta enfermedad y que fue separada del ejército, interpuso un juicio de amparo, con el objeto de buscar la protección de sus derechos fundamentales que consideraba violentados, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia. Entre los principales argumentos sostenidos por la Corte, se enfocaron en establecer a través de una ponderación, si dicha restricción o límites a los principios de igualdad y no discriminación que buscaban las normas aludidas, perseguían un fin constitucionalmente legítimo y si la separación del ejército había constituido una medida proporcional, necesaria y adecuada. A partir del considerando cuarto, se da entrada a la interpretación constitucional con base en principios y una concepción material de constitución en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales:

⁴⁶² Esta jurisprudencia se encuentra compuesta por cinco casos, todos aprobados por el Pleno de la Corte por una mayoría de 8 votos, e interpuestos por los agraviados, con excepción del primero que mencionamos, el cual fue interpuesto por los familiares del quejoso y el cual también requirió de engrose (lo tenía en primer término el ministro Mariano Azuela Güitrón): Amparos en revisión 2146/2005, 810/2006, 1285/2006, 1659/2006, todos ellos resueltos el 27 de febrero de 2007 y el amparo en revisión 307/2007, resuelto el 24 de septiembre de 2007. Respecto a la estructura y contenido de los proyectos aprobados, cabe referir que es la misma para todos los proyectos y existieron votos particulares de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón, por su disconformidad con las pruebas que se allegaron al juicio de mérito. Asimismo, existió voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, debido a que no estaba de acuerdo con el objeto de la ponderación realizada por los ministros: eficacia de las fuerzas armadas vs principio de igualdad y no discriminación por razón de salud (derecho a la salud).

El principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática, en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es *preciso armonizar y balancear ambas disposiciones*, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida.

[...]

que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al *contenido axiológico y material de la Constitución Federal*.

El razonamiento de la SCJN me parece adecuado y pertinente, ya que justifica la ponderación de normas a partir de una concepción material y axiológica de Constitución, con la finalidad de que ambos principios puedan tener eficacia. Aunado a lo anterior, reconoce la existencia de un contenido irreductible de los derechos fundamentales (contenido esencial), sobre el cual no puede estar ningún poder constituido, argumentando que es en razón de ese contenido axiológico y material, a partir de la cual deben incidir las limitaciones o restricciones legítimas a los derechos.

En la sentencia, se determinó que la medida tomada por el ejército mexicano había sido inadecuada para alcanzar la finalidad de tener eficacia en las fuerzas armadas (subprincipio de adecuación o idoneidad), ya que los distintos avances en la ciencia médica han demostrado con precisión que quienes son portadores de este virus no son por sí mismos, agentes de contacto directo, y en consecuencia individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas en el ejército; dicha medida también resultó desproporcional, ya que siguiendo el criterio de la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales, la consecuencia establecida por el legislador sobre retirar del ejército a los portadores de este virus, terminaba con ese contenido esencial.

Asimismo, existían distintas alternativas menos gravosas para los militares implicados (subprincipio de necesidad), como el traslado a un área distinta, acorde con sus aptitudes durante el desarrollo del padecimiento; también se carecía de razonabilidad jurídica (principio de razonabilidad jurídica), porque no existían bases para justificar la inutilidad de una persona por la simple razón de su enfermedad sin haber realizado un análisis que determinara de manera plena si le permitía desplegar una actividad distinta a la que había venido desempeñando, aunado al retiro de los servicios de salud adecuados e indispensables para tratar el padecimiento. De esta manera, la Corte determinó que tal precepto resultaba inconstitucional, ya que violaba el principio de igualdad y no discriminación por razón de salud. La ponderación conforme con los hechos y las pruebas obtenidas en el proceso (Caso de militares con VIH), se siguieron los siguientes pasos.

1. La diferenciación legal prevista en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (separación por inutilidad), pretende perseguir, en principio, una *finalidad constitucionalmente legítima*, que se traduce en garantizar la *eficacia de las fuerzas armadas*, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.
2. Dicha diferenciación legal es *inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima*, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados per se para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.
3. Además, la diferenciación legal combatida es *desproporcional*, porque es *innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida*, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

[...]

El traslado a un área distinta, y no el retiro complementado con la sustracción de los derechos prestacionales de salud que corresponden en activo, sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales, lo que pone en evidencia que la relación VIH igual a retiro automático por inutilidad es una medida desproporcionada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.

[...]

Finalmente, la diferenciación legislativa reclamada carece de *razonabilidad* jurídica, en virtud de que *no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana*, en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerza armadas.

Cabe destacar que en esta resolución otro de los argumentos torales, consistió en determinar que se encontraban en colisión dos principios constitucionales: la eficacia de las fuerzas armadas frente a los principios de igualdad y no discriminación (ponderación), algo bastante criticable, según el ministro José Ramón Cossío, quien destacó que el precepto relacionado con el desempeño y eficacia en las fuerzas armadas, en ninguna forma podría tratarse de un principio constitucional, de ahí que se considerara innecesaria la ponderación entre los supuestos principios. Sobre este argumento, el autor indicado señaló, que si bien es cierto, el ejército es una institución constitucionalmente reconocida y figuran partes importantes de su regulación legal “no son describibles en lo individual como principios en sentido estricto o estructural, y todavía menos tomados en conjunto”. Dejando en la fase del principio de necesidad el caso concreto.

Ahora bien, el fundamento de la decisión judicial se encuentra sustentado en distintas tesis del P.J.F. Por ello, considero necesario analizar cada uno de esos fundamentos en los que tiene apoyo la sentencia (tesis), con el objeto de desnudar los argumentos y revisar la pertinencia de cada uno de ellos, a los casos en concreto, como lo realizaré a continuación.

La primera tesis es de la quinta época, y aborda las medidas para comprobar el contagio venéreo. Ésta se divide en tres partes, a partir de la estructura silogística clásica. La primera parte (premisa mayor) transcribe el artículo 16 de la Constitución Federal; la segunda parte (premisa menor), señala que el indicio consistente en el hecho del denunciante del delito no es suficiente para fundar ni motivar adecuadamente la orden judicial que ordene extraer sangre al quejoso para demostrar que éste se encuentra contagiado. Finalmente, en su conclusión realiza un razonamiento advirtiéndole que los actos de molestia de autoridad (mandamiento que ordene extraer sangre), debe fundarse en una “causa bastante” que amerite ordenarlo, de lo contrario, dicha orden resultaría inútil, por tanto, no se podría demostrar “la relación de causa a efecto que se pretende”, ya que habría sido posible que éste la haya contraído después de los hechos probablemente delictuosos.⁴⁶³

Considero que dicha cita se encuentra descontextualizada, ya que el caso relatado previamente, trata básicamente de la relación de causalidad entre un tipo penal y los hechos probablemente delictuosos. Es decir, en el soporte jurisprudencial se confunde el principio de causalidad con la relación instrumental del principio de proporcionalidad en relación de medios y fines⁴⁶⁴, ya que el hecho de que en la tesis se haya establecido que resultaba inútil por el transcurso del tiempo, y se invoque el derecho fundamental de fundamentación y motivación, no por esto podremos hablar de un posible origen de la ponderación, ya que este

⁴⁶³ CONTAGIO VENÉREO, MEDIDAS PARA COMPROBAR EL. Registro: 310334; [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo LVII; Pág. 2498.

⁴⁶⁴ Vid. KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, Temis, Bogotá, 1998; MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 1989.

criterio resulta inclusive formalista. El segundo antecedente invocado, es otra tesis aislada, que parece un poco más acorde al tema de análisis.⁴⁶⁵

La garantía de defensa que consagra el artículo 14 constitucional no se otorga en forma ilimitada, sino con sujeción al respeto de otras normas constitucionales de igual jerarquía que tienden a lograr un justo equilibrio entre la agilización de la administración de justicia y la seguridad jurídica de las partes en el proceso, lo cual sólo se obtiene mediante la inclusión de los requisitos necesarios en las normas ordinarias que regulan los casos específicos.

Se trata de la aplicación de la teoría de los principios y la ponderación, en razón de que justifica las restricciones a los derechos fundamentales, a través del cumplimiento de otras normas de igual jerarquía, con el objeto de alcanzar la realización de ambos principios, en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible. Es decir, la realización del derecho de defensa, pero también conservando el acceso a la justicia de las partes en el proceso. Siguiendo la ley de la ponderación, conforme mayor sea el grado de cumplimiento de un principio, menor debe ser el perjuicio causado al otro.

Otro de los argumentos que fundamentan la decisión, es un caso controversial en México, relativo a la donación de órganos entre vivos, el cual versó sobre la solicitud de una persona sobre la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley General de Salud, que establecía como prohibición, la donación de órganos entre vivos, cuando el donante no tuviera un parentesco por consanguinidad por afinidad o civil o fuera cónyuge, concubina o concubinario del receptor. En este caso no se aplicó directamente la ponderación, sin embargo, existió la aplicación del subprincipio de necesidad, indispensabilidad, o medida alternativa, tal y como se infiere de lo transcrito adelante.

⁴⁶⁵ DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES. Tesis Aislada. Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 181-186 Tercera Parte, p. 55.

Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto que tan drástica limitación *no es indispensable para alcanzar dichos objetivos*, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación ... es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos.

La Corte determinó que dicho precepto establecido en la ley reglamentaria, constituía una limitación al derecho a salud, y por consiguiente, la violación del derecho a la vida, por lo que no se encontraba justificada constitucionalmente.⁴⁶⁶ Por consiguiente, determinó que las únicas limitaciones constitucionalmente permisibles, eran la comercialización de los órganos, lo que no ocurría en el caso en particular, sino lo contrario, ya que estaban presentes los principios de altruismo y solidaridad que rigen la materia de trasplantes, conforme a la Ley General de Salud. No obstante, existe un precedente adicional a éste, sucedido a finales de 2007, a través de un voto concurrente, del Ministro José Ramón Cossío, donde se aplica la proporcionalidad y razonabilidad jurídicas, sobre una norma tildada de inconstitucional, en similares circunstancias.⁴⁶⁷

... hubiera sido más claro proceder a identificar los distintos *objetivos* al servicio de los cuales se encuentran las normas examinadas, analizar lo dicho por el legislador sobre lo mismo, evaluar su *plausibilidad y su aceptabilidad* o urgencia desde el punto de vista constitucional, y posteriormente hacer un *análisis de adecuación y de proporcionalidad*, desarrollando los motivos por los cuales la norma puede, efectivamente, considerarse infrainclusiva y/o

⁴⁶⁶ TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: P. IX/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003, p. 54.

⁴⁶⁷ Voto Concurrente del Ministro José Ramón Cossío, en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005, relativo a la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Civil del Estado de Nayarit.

sobreinclusiva a la luz de los diferentes *finis perseguidos*. Finalmente, se hubiera podido enfatizar con más pausa y detalle la existencia de *alternativas regulativas menos gravosas* desde la perspectiva de los intereses y derechos involucrados ... Esta limitación infringe el deber del Estado de proporcionar los medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, según sus necesidades y no conforme a sus recursos, y en este caso, con independencia de que exista un lazo de parentesco entre donante y receptor, pues este requisito establecido en términos absolutos, *carece de razonabilidad*, ya que si bien propende a evitar el comercio de órganos, tampoco deja margen alguno para la aceptación de los casos en los que existe el deseo de disposición corporal, sin ánimo de lucro, en orden a mejorar la salud de otra persona ajena a la familia del donante, cuando es evidente que en las instituciones especializadas hay insuficiencia de órganos disponibles para muchos enfermos.”

Siguiendo con el apartado crítico de jurisprudencia sobre proporcionalidad y razonabilidad comentada al inicio de este capítulo, también es citado como precedente relevante, la jurisprudencia 42/2007⁴⁶⁸, mediante la cual se establecen los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad para limitar o restringir el derecho de acceso a la justicia. Una vez que concluye la cita final de las tesis reseñadas en los párrafos previos, la sentencia estructura a la ponderación, a partir de diversos precedentes. Algunos de ellos me han parecido incorrectos (desde el punto de vista metodológico), ya que se trata de encajar con calzador a la ponderación, sin que la tesis citada se refiera exactamente a la metodología apuntada.

⁴⁶⁸ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Tesis: 1a./J. 42/2007, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, p. 124.

El primer precedente llama la atención, debido a la concepción de los derechos como límites al poder político, y además, por consagrar de manera inicial el principio de universalización de los derechos estableciendo que el Estado se encuentra legitimado para “limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos”⁴⁶⁹ desde una perspectiva liberal de los derechos fundamentales. La segunda tesis aislada, como dato para inferir las reglas del principio de proporcionalidad, es relativa a las limitaciones a la libertad de trabajo, haciendo énfasis en la necesidad de que el ejercicio de este derecho lo sea de una manera racional y legítima.⁴⁷⁰

En la parte final de esta motivación citan otra jurisprudencia concerniente al principio de igualdad, así como sus criterios para limitar este derecho fundamental, que han sido motivo de análisis en el epígrafe anterior. Sin embargo, existieron citas de diversos precedentes que no tienen ninguna relación para fundamentar la decisión judicial motivo de análisis (Militares con VIH). Se trata de los amparos en revisión 1160/2006, 1342/2006, 278/2006 y 1416/2006, en los cuales la SCJN señala que se ha empleado el juicio de ponderación, sin embargo, esto no es cierto, ya que de la lectura que he realizado a los mismos, no aparece dicha distinción, es más, no hace referencia alguna explícita o implícita del principio de proporcionalidad como instrumento para restringir los derechos fundamentales.

⁴⁶⁹ GARANTÍAS INDIVIDUALES. Tesis Aislada, Quinta Época Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación XL, p. 3630.

⁴⁷⁰ LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis Aislada, Segunda Sala, Quinta época, S.J.F. LXI, p. 4026.

3.3 Precisiones conceptuales en torno a la proporcionalidad y razonabilidad: su distinción con otras materias

Existen dos paradigmas que han influido en la formación del principio de proporcionalidad: el continental europeo y el test de razonabilidad (balancing test), éste último proveniente de la Corte Suprema Norteamericana, el cual nace de la interpretación de la cláusula del debido proceso, contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución de aquel país, y cuyo desarrollo se da a partir de la cláusula del principio de igualdad y los distintos test leve, medio e intenso que aplica aquel órgano jurisdiccional al momento de resolver cuestiones relativas a la aplicación de medidas de discriminación positiva. El test de razonabilidad no se puede identificar de manera plena con el principio de proporcionalidad, ya que su desarrollo es distinto y pertenece a una tradición jurídica diferente.⁴⁷¹

Ahora bien, es importante conocer su estructura debido a que las resoluciones analizadas en los epígrafes previos se relacionan directamente con este modelo, inclusive, en sentencias más recientes relacionadas con derechos de minorías (matrimonio homosexual), se detecta la aplicación de este modelo argumentativo. Este apartado también servirá para distinguir el modelo de principio de proporcionalidad con las otras materias que por lo menos su nomenclatura pudiera ser relacionada: la materia electoral, fiscal y penal.

⁴⁷¹ ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010, p. 15 y ss.

3.3.1 El test de balanceo o razonabilidad de la Corte Suprema norteamericana: sus diferencias con el principio de proporcionalidad

Existen dos paradigmas que han influido en la formación del principio de proporcionalidad: el continental europeo y el test de razonabilidad (balancing test), éste último proveniente de la Corte Suprema Norteamericana, el cual nace de la interpretación de la cláusula del debido proceso, contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución de aquel país, y cuyo desarrollo se da a partir de la cláusula del principio de igualdad y los distintos test leve, medio e intenso que aplica aquel órgano jurisdiccional al momento de resolver cuestiones relativas a la violación al principio de igualdad. El test de razonabilidad no se puede identificar de manera plena con la ponderación, ya que su desarrollo es distinto y pertenece a una tradición jurídica diferente.⁴⁷²

El principio de razonabilidad guarda íntima relación con la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*), la cual hunde sus raíces en el derecho de Inglaterra, consagrado por vez primera en la Carta Magna, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan sin Tierra. La interpretación de este principio ha evolucionando en distintos documentos constitucionales de aquella nación, posteriormente exportada al derecho americano, y ha fue plasmada por primera vez en la XIV enmienda de la Constitución norteamericana:

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁴⁷² ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010, p. 15 y ss.

Inicialmente la interpretación de esta enmienda fue estrictamente adjetiva, pero posteriormente fue ampliada en 1869, cuando se afirmó que el debido proceso de la enmienda quinta restringía los poderes del Congreso no sólo respecto a los derechos procesales reconocidos por el *common law*, sino también a los derechos sustantivos (debido proceso sustantivo).⁴⁷³ En tal sentido, algunos autores han sostenido que el origen del test de razonabilidad se encuentra precisamente “en la necesidad de los tribunales con jurisdicción constitucional de contar con herramientas técnico-jurídicas útiles para controlar la constitucionalidad de las injerencias de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales.”⁴⁷⁴

La Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado este canon argumentativo a partir de la interpretación de la cláusula de igualdad, relativa al debido proceso sustantivo. El test de razonabilidad se puede clasificar en tres tipos: intenso, intermedio y débil. Cada uno de ellos se adecua, conforme a cada caso en particular de acuerdo a la materia principal a examinar. Por ejemplo, en el plano socioeconómico, se aplica un test de racionalidad superficial.⁴⁷⁵ El test de escrutinio estricto se aplica cuando se encuentra involucrado el derecho a la privacidad (aborto, métodos anticonceptivos).⁴⁷⁶

Asimismo, el test de mayor intensidad también es aplicado en aquellos casos donde se involucran cláusulas sospechosas relativas al principio de igualdad y no discriminación, tales como la raza, nacionalidad u origen. Por su parte, el test de intensidad intermedia es empleado por la Corte de aquel país en casos relacionados con la discriminación de género, libertad de prensa, discurso

⁴⁷³ P. KOMMERS, Donald, E. FINN, John, et. al. (Eds.), *American Constitutional Law (Essays, Cases, and Comparative Notes)*, Vol. 2: Liberty, Community, and the Bill of Rights, Rowman & Littlefield Publishers, University of Texas, Austin, 2009, p. 34; SHAMAN, Jeffrey M., *Constitutional Interpretation (Illusion and Reality)*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 2001, p. 234

⁴⁷⁴ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad)*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998, p. 59.

⁴⁷⁵ *Railway Express Agency v. People of the State of New York*, 33 U.S. 106 (1949), p. 109; *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955), p. 487; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), pp. 152, 154; *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), p. 485.

⁴⁷⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 (1962).

público, discriminación contra niños de origen extramarital, entre otros.⁴⁷⁷ Cabe precisar que también en esta figura argumentativa la Corte Suprema ha exigido la relación entre medios y la finalidad constitucionalmente legítima a través de la legislación o acto respectivo.⁴⁷⁸

En la última época los jueces mexicanos han decantando varios criterios en relación con la violación al principio de igualdad a través del análisis de cláusulas sospechosas. Por ejemplo, se ha afirmado que este tipo de categorías sospechosas, deben analizarse a través de un escrutinio estricto, como lo hace la propia Corte Suprema de Estados Unidos, aplicando los subprincipios de adecuación y necesidad, respectivamente.⁴⁷⁹ En adición a esto, la SCJN ha determinado la obligación de satisfacer una motivación reforzada.

... es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso ... este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo; y, b) La justificación

⁴⁷⁷ ŠUŠNJAR, Davor, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, Boston, 2010, p. 152.

⁴⁷⁸ TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1998, pp. 1439-1440.

⁴⁷⁹ CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ERICTO. Registro: 2003250; Tesis: 1a. CI/2013 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 958.

sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate.⁴⁸⁰

Un caso ejemplar para ilustrar el empleo del test de escrutinio para detectar posibles violaciones al principio de igualdad de las normas jurídicas (descrita previamente), es el análisis de las normas en aquellas entidades federativas que no permiten a las parejas homosexuales contraer matrimonio, únicamente contemplan el matrimonio heterosexual. El último precedente al respecto lo resolvió la SCJN, respecto de un amparo concedido por el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Oaxaca, llevando a cabo un análisis, con base en metodología comparada del derecho norteamericano, principalmente de Cortes Supremas de varias entidades de aquella nación.

En esencia, se trata que la figura del matrimonio contenida en el artículo 143 del Estado de Oaxaca que señala que el matrimonio “es un contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer” resulta excluyente de las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio. Es decir, acorde a la teoría y dogmática de los derechos fundamentales moderna, nos encontramos ante una exclusión tácita de una categoría de personas de un determinado régimen jurídico, como lo son las personas del mismo sexo, toda vez que esta exclusión se basa en una distinción realizada en sus preferencias sexuales.⁴⁸¹ Es decir, una violación al principio de igualdad, lo que amerita llevar a cabo un test de escrutinio estricto o de mayor intensidad, toda vez que se trata de una norma que contiene una cláusula sospechosa y discriminatoria por razón de preferencia sexual.⁴⁸²

⁴⁸⁰ MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. Registro: 165745; Tesis: P./J. 120/2009; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 1255.

⁴⁸¹ Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día cinco de diciembre de dos mil doce, p. 41.

⁴⁸² IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 440 Tesis: 2a. LXXXIV/2008 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR

Al respecto, es importante mencionar la aplicación del test de proporcionalidad y razonabilidad de la medida impugnada. En primer término, determinar si la norma del Código Civil del Estado de Oaxaca, persigue una finalidad u objetivo constitucionalmente admisible. Y buscar, en la medida de lo posible, la medida menos gravosa en razón del principio o derecho fundamental que se pretende proteger. En tal sentido, la protección de la familia, está incluida en el artículo 4 de la Carta Federal mexicana, así como en los diversos instrumentos de derecho internacional, tales como el numeral 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora bien, para llevar a cabo una correcta ponderación de la medida enjuiciada y tildada de sospechosa (artículo 143 del Código Civil de Oaxaca), debe procederse a determinar en concreto quienes son

CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 439, Tesis: 2a. LXXXV/2008, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.” [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009 Página: 1255, Tesis: P./J. 120/2009 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Septiembre de 2010 Página: 185, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.” [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Septiembre de 2010, Página: 183, Tesis: 1a. CIV/2010 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 427, Tesis: 2a./J. 42/2010 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009)”. [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 873, Tesis: P. XXIV/2011. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional] “CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO.” [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 24, Tesis: P. VII/2011. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.” [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Agosto de 2011 Página: 5, Tesis: P./J. 28/2011, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional].

las personas que se encuentran comprendidas en la categoría utilizada, así como el mandato de la protección de la familia.

La SCJN ha reconocido en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la existencia de diversos tipos de familia, cuya finalidad principal no significa necesariamente la procreación, incluso en matrimonios heterosexuales.⁴⁸³ En este sentido, el artículo 143 del citado ordenamiento, *resulta no idóneo* para cumplir con la *finalidad* de la protección de la familia como realidad social, debido a que la norma impugnada “pretende vincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial de procreación”⁴⁸⁴ Al respecto, la SCJN determinó que, en la actualidad “la institución matrimonial se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.”

Cabe señalar que esta interpretación retoma aspectos sociológicos y evolutivos de una institución y actualiza la protección de la familia, consagrada en distintos instrumentos internacionales como en la propia Constitución Federal. Es decir, toma en cuenta las desventajas históricas que ha sufrido este grupo minoritario en la vida pública, así como los perjuicios materiales que podrían sufrir como consecuencia de un no reconocimiento de su unión, tales como los beneficios fiscales, de solidaridad, por causa de muerte de uno de los cónyuges, de propiedad, de la toma subrogada de decisiones médicas, así como migratorios, laborales, los gastos médicos, así como de seguridad social. Cabe advertir también que, el máximo Tribunal mexicano, sostuvo en esta decisión que consagrar una figura similar a la del matrimonio, pero dirigida exclusivamente a las parejas homosexuales, sería tanto como defender la doctrina de la Corte Suprema

⁴⁸³ MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN. Tesis: P. XXII/2011; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 879

⁴⁸⁴ Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Cit., p. 53.

Norteamericana de “separados pero iguales”⁴⁸⁵, que sostuvo durante el periodo de la segregación racial, durante los años cincuenta.

Ahora bien, el hecho de que los Congresos Locales se encuentren en absoluta libertad de configuración legal para consagrar de manera expresa las figuras jurídicas, también lo es que estas libertades encuentran sus límites en los derechos fundamentales, concernientes al principio de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual. Motivo por el cual, la máxima institución judicial del país decidió ordenar a las autoridades administrativas una interpretación conforme de las normas impugnadas, para entender sobre la expresión “un solo hombre y una sola mujer”, que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”. Expuesto lo anterior, pasaré a distinción de la figura del principio de proporcionalidad en relación a las otras figuras en materia fiscal y penal.

3.3.2 La proporcionalidad y su distinción con la materia electoral y fiscal

Es muy común en la jurisdicción constitucional mexicana escuchar sobre el principio de proporcionalidad en materia fiscal en relación con la equidad tributaria, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha indicado sobre la importancia de distinguir entre el principio de proporcionalidad como canon para limitar o restringir derechos fundamentales y como fórmula para satisfacer el ideal del artículo 31, fracción IV. La proporcionalidad en materia fiscal “se refiere a la capacidad económica de los contribuyentes, estableciendo una premisa de contribución conforme a la cual quienes cuentan con mayores posibilidades económicas tributarán en forma cualitativamente superior a la de quienes tienen posibilidades más reducidas.”⁴⁸⁶ Por su parte, el principio de proporcionalidad y sus distintas fases o pasos: adecuación, necesidad y ponderación, es un criterio hermenéutico para resolver conflictos entre derechos fundamentales.

⁴⁸⁵ PLESSY v. FERGUSON, 163 U.S. 537 (1896)

⁴⁸⁶ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. SUS DIFERENCIAS. Registro: 168824; Tesis: I.4o.C.26 K; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 1392.

La materia electoral también tiene un principio que recibe la misma denominación, pero tiene un sentido totalmente distinto, se relaciona con el principio de representación proporcional y las reglas para el establecimiento de los candidatos que participan de manera indirecta en las elecciones, a partir de los porcentajes de votos obtenidos por los Partidos Políticos en las elecciones.⁴⁸⁷ Lo cual se realiza a través de fórmulas específicas que determina la propia ley electoral, una vez que los partidos han superado el umbral mínimo exigido por la ley electoral y que hacen efectivo el principio de representación política, al permitir que las minorías, también se encuentren representadas en los espacios de deliberación política.⁴⁸⁸

3.3.3 La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido “amplio” en materia penal

Existe una aplicación muy similar entre el principio de proporcionalidad en materia penal y la proporcionalidad como criterio hermenéutico para limitar o restringir derechos fundamentales. Algunos autores han indicado que la proporcionalidad de las penas enunciada alguna vez por Beccaria, se relaciona directamente con el juicio de ponderación.⁴⁸⁹ La proporcionalidad de las penas se refiere a que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido, reservando lo tipos penales más graves a los bienes jurídicos más importantes.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ MATERIA ELECTORAL. BASES GENERALES DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. Registro: 195152; Tesis: P./J. 69/98; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Noviembre de 1998; Pág. 189.

⁴⁸⁸ MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 229, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE QUINTANA ROO, QUE PREVÉ LA ASIGNACIÓN DE UN DIPUTADO AL PARTIDO POLÍTICO QUE CUENTE, CUANDO MENOS, CON UN PORCENTAJE MÍNIMO DE LA VOTACIÓN ESTATAL EMITIDA, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. Registro: 195150; Tesis: P./J. 71/98; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Noviembre de 1998; Pág. 190; MATERIA ELECTORAL. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL COMO SISTEMA PARA GARANTIZAR LA PLURALIDAD EN LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS. Registro: 195151; Tesis: P./J. 70/98; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Noviembre de 1998; Pág. 191.

⁴⁸⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 2004.

⁴⁹⁰ PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registro: 160280; Tesis:

En este sentido, el principio de proporcionalidad deriva del artículo 18 de la CPEUM, se constituye como pieza fundamental del sistema penal mexicano. La SCJN ha determinado, en relación con el sistema de justicia para adolescentes una vertiente, en torno a la proporcionalidad en la determinación de la medida, la cual permite que el juzgador actúe según su libre convicción al imponer la pena, con la debida discrecionalidad, respetando todos los derechos fundamentales (ponderación), atendiendo al margen de discreción legislativa con el que cuenta el legislador (teoría de los márgenes de acción), es decir, tanto en el momento de dictar sentencia como al momento de ejecución. En este último aspecto (ejecución), la SCJN fue muy cuidadosa, al determinar que deben respetarse los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Se considera que, en lo relativo al artículo 18 constitucional, es preciso atender al *subprincipio de idoneidad*, en virtud del cual cualquier intervención en los derechos fundamentales debe encaminarse a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. El *examen de idoneidad* tiene un carácter empírico, al apoyarse en la racionalidad instrumental, por lo que las medidas pueden analizarse a partir de su finalidad teleológica...

Con apoyo en lo anterior, se puede advertir que, para determinar si una norma cumple o no con el *principio de proporcionalidad*, a partir del *subprincipio de idoneidad*, resulta conveniente realizar un análisis que atienda a los fines que tuvo en cuenta el legislador, al momento de crear la norma, esto es, en la materia que se estudia, la justificación de la imposición de la sanción. Al realizar dicha evaluación, no sólo deberá cuestionarse si la finalidad enunciada puede alcanzarse a través de los medios establecidos por el legislador, sino también deberá responderse si estos *medios son adecuados, razonables per se*, es decir, no sólo deberá satisfacerse un criterio de eficiencia, sino también de razonabilidad, en la determinación de los medios.

1a./J. 3/2012 (9a.); [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 503.

Este principio tiene especial relevancia en el sistema de justicia para adolescentes, pues, en la determinación de las sanciones que habrán de imponerse a los menores, el legislador deberá idear sanciones acordes con los fines que se persiguen (educativos y de inserción familiar), lo que se logra desde dos puntos de vista: por un lado, en la modalidad de tiempo, pues deberá ser el más breve que proceda (debiendo entenderse como el necesario para alcanzar el fin pretendido) y, por otro, desde la diversidad de las posibles sanciones.⁴⁹¹

En el presente caso, el principio de proporcionalidad se relaciona directamente con el artículo 18, de la CPEUM, relativo a la ejecución de penas en el Estado mexicano, así como el sistema de justicia para adolescentes. Como se advierte de los párrafos transcritos, el ámbito de aplicación del juicio de ponderación, es muy amplio. La proporcionalidad penal es uno de los instrumentos interpretativos que más se asemejan a la ponderación como criterio hermenéutico constitucional, sin embargo, cabe señalar que su objeto, se encuentra encaminado primordialmente a encontrar criterios objetivos y razonables, que permitan ponderar los bienes en conflicto cuando se trata de la imposición y/o ejecución de penas.

3.3.4 La ponderación como criterio para resolver conflictos entre bienes constitucionales en materia de suspensión del acto reclamado (juicio de amparo)

El concepto de orden público, interés social, bien común, en materia de suspensión del acto reclamado ha sido uno de los temas más recurrentes en materia de juicio de amparo. Esta medida cautelar, (suspensión del acto reclamado) es un acto provisional, de carácter instrumental, para preservar la materia del propio juicio a efecto de evitar que se consume de manera irreparable la violación de garantías alegada. La falta de sistematización en torno a criterios objetivos y razonables que permitan deducir de manera sencilla y clara cuando

⁴⁹¹ Considerando Sexto de la sentencia relativa a la Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, 22 de noviembre de dos mil siete, p. 293.

puede otorgarse la suspensión del acto que se reclama ha resultado bastante complejo en la última época del PJF.

En la mayor parte de las ocasiones, la percepción negativa de la ciudadanía hacia el amparo, se debe precisamente al indebido empleo de esta figura en los litigios. Desde los giros de apuestas y sorteos, constructoras que dañan el medio ambiente o causan un daño colectivo, la circulación de transporte público en irregulares condiciones, hasta el establecimiento más pequeño que infringe la normativa sanitaria o administrativa, han sido beneficiadas del otorgamiento de las suspensiones del acto reclamado. Las cuales, de acuerdo con la tesis de la apariencia del buen derecho, permitían su funcionamiento, casi de manera automática.

Esto se explica a partir de un tinte formalista, que definían la figura de “apariencia de buen derecho”, que se basaba únicamente en un “conocimiento superficial del asunto dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.” Mientras que el “peligro de la demora” se actualiza a partir de una “posible frustración de los derechos del solicitante de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo.”⁴⁹² Por lo que este antiguo criterio volvía nula la posibilidad de cualquier apreciación de carácter provisional sobre la inconstitucionalidad del acto reclamado, y que el acto reclamado, se examinara de una forma “avalorada” y abstracta, motivo suficiente para transitar hacia la necesidad de ponderar los bienes y valores en conflicto.⁴⁹³

⁴⁹² SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. EL EXAMEN DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY RELATIVA, ES PREVIO AL ESTUDIO DE LA PROCEDENCIA DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA. Registro: 172664; Tesis: I.15o.A. J/3; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 1626.

⁴⁹³ SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. PARA CONCEDERLA DEBE EFECTUARSE LA PONDERACIÓN ENTRE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO, EL ORDEN PÚBLICO Y LOS INTERESES SOCIAL E INDIVIDUAL EN FORMA CONCRETA. Registro: 173984; Tesis:

Sin embargo, en estos últimos cinco años, la jurisprudencia del PJF ha evolucionado hacia un otorgamiento de la suspensión no de manera automática, sino con las consideraciones a partir de la ponderación entre los principios constitucionales en conflicto. Es decir, a través de un estudio paralelo entre el orden público de las consecuencias que pudiera ocasionar el otorgamiento de la medida.⁴⁹⁴ Si bien, el interés social, orden público, bien común, son principios consagrados en la Constitución Federal y merecen igual protección que cualquier derecho fundamental, también lo es que su realización no puede alcanzarse afectando a estos últimos. Asimismo, la nueva Ley de Amparo publicada en abril de 2013, establece nuevos criterios para obligar al juzgador evaluar y ponderar los bienes en conflicto para otorgar cualquier medida cautelar o suspensión.

Dicho lo anterior, lo que la nueva ley pretende es otorgar mayores elementos al juez, para que, en el caso concreto, pueda ponderar adecuadamente entre el interés privado y el interés público, cuyo numeral 138, establece de manera expresa: “promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social.” Desde mi perspectiva, es una gran apuesta hacia la discrecionalidad del juzgador, ya que, en ocasiones, el intérprete se veía limitado jurisprudencialmente para otorgar suspensiones ante algún pronunciamiento previo. A pesar de ello, aun prevalecen en la nueva ley, los criterios de la normativa anterior para otorgar la suspensión del acto reclamado, por consiguiente, siguen siendo vigentes muchos de los criterios adoptados por el PJF, a través de diversas ejecutorias.

VII.2o.C.25 K; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1543.

⁴⁹⁴ SUSPENSIÓN. PARA DECIDIR SOBRE SU OTORGAMIENTO EL JUZGADOR DEBE PONDERAR SIMULTÁNEAMENTE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO CON EL PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL O AL ORDEN PÚBLICO. Registro: 165659; Tesis: 2a./J. 204/2009; [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 315.

Para determinar si existe una afectación al orden público e interés social, se ha determinado que debe atenderse a una evaluación en torno al contenido, fines y consecución de los valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico, refiriéndose a ciertos derechos indisponibles o irreductibles de los particulares, como la libertad, igualdad, dignidad y los demás consagrados en el artículo 16 constitucional.⁴⁹⁵ Este ejercicio de ponderación entre los intereses de quien promueve un juicio de amparo, y los particulares que son afectados con el acto que se reclama, se debe realizar con base en un análisis detenido sobre la difícil reparación de los daños y perjuicios que causen al agraviado con la ejecución del acto, así como el grado de reparabilidad del perjuicio, volviendo a invocar derechos como la vida, libertad, igualdad, dignidad o cualquier otro valor supremo de la Ley Fundamental.⁴⁹⁶

En casos concretos, el PJJ ha llevado a cabo ponderaciones donde se han visto afectados intereses de la sociedad. Por ejemplo, en contra de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica, en torno a la investigación de prácticas monopólicas, y la obligación del particular afectado de proporcionar información y documentación requerida para ello, los objetivos y fines de la norma en cuestión, se encuentran contenidos en el artículo 28, de la CPEUM, relativos a mejores servicios para usuarios y consumidores (subprincipio de adecuación o idoneidad), además que la información solicitada era estrictamente confidencial y sería resguardada por la institución receptora, es decir, se afectaban en menor

⁴⁹⁵ SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SI SE AFECTAN EL ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, DEBE SOPESARSE EL PERJUICIO REAL Y EFECTIVO QUE PODRÍA SUFRIR LA COLECTIVIDAD, CON EL QUE PODRÍA AFECTAR A LA PARTE QUEJOSA CON LA EJECUCIÓN DEL ACTO RECLAMADO Y EL MONTO DE LA AFECTACIÓN DE SUS DERECHOS EN DISPUTA. Registro: 172133; Tesis: I.4o.A. J/56; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Junio de 2007; Pág. 986.

⁴⁹⁶ SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. AL PROVEER RESPECTO A SU CONCESIÓN, EL JUEZ DE DISTRITO DEBE PONDERAR TANTO EL PERJUICIO PARA EL QUEJOSO CON LA EJECUCIÓN DEL ACTO RECLAMADO, COMO UNA POSIBLE ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO O AL INTERÉS SOCIAL, PARA DETERMINAR CUÁL DE ESAS DOS AFECTACIONES PUEDE RESULTAR IRREPARABLE, O BIEN, DE MAYOR TRASCENDENCIA POR SU PERMANENCIA O POR AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE MODO GENERAL Y SUPERLATIVO (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS FRACCIONES II Y III DEL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO). Registro: 163718; Tesis: IV.2o.A.269 A; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Septiembre de 2010; Pág. 1511.

medida los derechos del comerciante (subprincipio de necesidad).⁴⁹⁷ En igual sentido, se han pronunciado los Tribunales Federales respecto de la información solicitada para integrar averiguaciones previas en la persecución de delitos⁴⁹⁸ y en materia de derecho a la educación académica y deportiva.⁴⁹⁹

Otro caso emblemático, es aquel relacionado con la Norma Oficial Mexicana NOM-EM-012-SCFI-2006, relativo a la obligación de las empresas para brindar al consumidor información comercial, etiquetado y métodos de prueba, o su aviso de prórroga sobre bebidas alcohólicas (destilados de agave). La ponderación en el caso concreto, se determinó en razón de los derechos de los consumidores, contenidos en los artículos 5o., 6o. y 28, párrafo tercero, de la Constitución Federal, debido a la ausencia o falta de una publicidad que carezca de veracidad y claridad, pudiera inducir al error respecto a la naturaleza y características del producto, poniendo por consiguiente, en riesgo la salud y seguridad de las personas, y siendo esto un peligro real para la sociedad.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS. Registro: 171901; Tesis: I.4o.A.582 A; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Julio de 2007; Pág. 2717.

⁴⁹⁸ SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN EL AMPARO. PROCEDE NEGARLA CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL AUTO QUE ORDENÓ RENDIR UN INFORME Y SE COMPULSE ALGÚN ASIENTO O DOCUMENTO EXISTENTE EN LIBROS, CUADERNOS O ARCHIVOS DE LA RECURRENTE Y QUE CONSTITUYE EL ACERVO PROBATORIO EN LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, POR SER PREPONDERANTE EL BENEFICIO DE LOS INTERESES SOCIALES EN LA PERSECUCIÓN DE UN POSIBLE HECHO DELICTUOSO. Registro: 172881; Tesis: VIII.3o.25 P; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Marzo de 2007; Pág. 1812.

⁴⁹⁹ SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA. Registro: 174337; Tesis: I.4o.A.536 A; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Agosto de 2006; Pág. 2347.

⁵⁰⁰ NORMA OFICIAL MEXICANA DE EMERGENCIA NOM-EM-012-SCFI-2006. PROCEDE NEGAR LA SUSPENSIÓN SOLICITADA EN SU CONTRA, YA QUE DE CONCEDERSE SE SEGUIRÍA UN PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL. Registro: 170689; Tesis: 2a./J. 212/2007; [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 209.

No cabe duda, que la ponderación entre bienes en conflicto como el orden público, interés social, bien común, merecen un tratamiento y un estudio especializado, acorde a los cánones hermenéuticos más avanzados y sofisticados, que tomen en cuenta todas las variables de los conflictos sometidos a juicio, inclusive de estudios científicos especializados, para allegar al juez, pruebas y hechos determinantes que lo hagan conocedor del peso y la intensidad de afectación de cada bien que se pondera en los casos específicos. Resulta de gran interés e importancia, los criterios de la CIDH, ya que toman en cuenta aspectos de la teoría constitucional que han permanecido abandonados por mucho tiempo en la doctrina mexicana.

En este aspecto, una de las primeras reglas de este organismo interamericano, ha sido señalar que los conceptos de orden público y el bien común, no pueden de ninguna forma desnaturalizar el contenido esencial de un derecho fundamental, y deben ajustarse a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática”, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁵⁰¹ Asimismo, ha destacado que la administración pública no puede cometer actos en material laboral y administrativa, que reduzcan discrecionalmente las garantías de los gobernados, entendiendo por “discrecionalidad”, arbitrariedad.⁵⁰² Asimismo, la CIDH ha determinado que, en casos de violaciones a los derechos humanos, las autoridades no pueden calificar como secreta la información, cuando se trata de la investigación de hechos punibles.⁵⁰³

⁵⁰¹ CIDH OC-5/85, LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA, 13 de noviembre de 1985.

⁵⁰² SCIDH: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Sentencia de 2 de febrero de 2001). (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁰³ SCIDH: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Acorde con lo anterior, considero que el juicio de ponderación entre los bienes afectados a los particulares y los conceptos de orden público, interés social, bien común, pueden ser analizados bajo el prisma de la dogmática de los derechos fundamentales. Resulta de particular importancia la construcción conceptual elaborada por el jurista Carlos Bernal Pulido. Desde esta perspectiva, la importancia de los principios y la ponderación entre los valores y principios en conflicto depende de distintas variables tales como la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración con que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en juego. Es decir, “cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios.”⁵⁰⁴ Es decir, las premisas empíricas y los hechos que son evaluados por los jueces para analizar si existen probables violaciones a los derechos fundamentales, deben ser analizados bajo un prisma más científico, incluso, para asegurar la certeza de las premisas empíricas en una resolución, es factible incluso allegarse de todos los medios posibles y los conocimientos necesarios que le permitan evaluar cada una de las variables que concurren en los casos concretos.

3.3.5 El principio de proporcionalidad y su reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

El modelo de principio de proporcionalidad europeo con sus caracteres y estructura que conocemos ahora, y que he tratado de desarrollar en esta investigación, tiene origen en la doctrina jurisprudencial alemana y la resolución de distintos casos difíciles que fueron presentados ante aquella jurisdicción constitucional. Los distintos subprincipios como instrumento para la limitación o restricción legítima a los derechos fundamentales (adecuación, necesidad y proporcionalidad), se formaron a partir de ciertas reglas y criterios de los Tribunales, que posteriormente fueron teorizados por la doctrina constitucional, y

⁵⁰⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 77, mayo-agosto, Madrid, 2006, p. 65.

de esta forma, aceptados como parte de la estructura que debía seguir el principio de proporcionalidad. Ha sido sin duda alguna el modelo español y alemán, los modelos que se han desarrollado de una manera más óptima y que han servido incluso de paradigma a otras jurisdicciones constitucionales. De hecho, el modelo español de principio de proporcionalidad se encuentra inspirado en el modelo germano, de quien ha tomado la mayor parte de sus caracteres.

Las tres sentencias que presentamos a continuación realizan el análisis de constitucionalidad de la norma o el hecho impugnado, en base al principio de proporcionalidad y sus distintos subprincipios. Una se refiere a la limitación de la libertad de manifestación en lugares públicos, la segunda se refiere a la proporcionalidad de una pena por cuestiones de objeción de conciencia, mientras que la última gira en torno a los límites y restricciones al derecho a la intimidad, especialmente la que hace referencia a las inspecciones y registros corporales con la finalidad de obtener pruebas en un proceso penal.

Si bien es cierto que la libertad de expresión es una de las manifestaciones más importantes para la formación de una sociedad pública responsable, también es importante destacar que dicho derecho no es absoluto. Con este propósito, los magistrados del Tribunal Constitucional Español, elaboraron las principales directrices y criterios a partir de los cuales, el derecho a manifestarse podía encontrar límites, principalmente por cuestiones de orden público. Se trata de la sentencia 55/1996, derivada de un recurso de amparo en contra de la negativa de la Delegación del Gobierno de Madrid de permitir la concentración convocada por la Unión General de Trabajadores, en una plaza pública muy transitada y de bastante importancia en aquella ciudad. Dicha reunión, tenía por objeto apoyar la negociación del Convenio de la Banca, y duraría alrededor de dos horas y media. El motivo de la negativa versó en que dicha plaza constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, debido a la realización de obras y, por consiguiente cortes de tráfico en la calle principal y zonas adyacentes; por lo que itinerario distribuido por los organizadores

provocaría un total colapso de tráfico que afectaría a varias calles más que contribuían directamente en los principales ejes circulatorios esenciales.

Se inició la argumentación con la idea de que a pesar de que el derecho a la reunión constituía un cauce del principio democrático participativo en el Estado Constitucional, el ejercicio del mismo, no podía producir alteraciones al orden público con peligro para personas o bienes. La cuestión de fondo, según el mismo Tribunal, se centró en determinar la constitucionalidad de la ponderación efectuada por la administración municipal en su negativa de permitir dicha reunión y el límite constitucional, relativo a la repercusión del ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportaban una importantísima densidad de tráfico.

En este sentido, para determinar la magnitud de la afectación al orden público, se consideró pertinente determinar en primer lugar, la obtención de datos objetivos suficientes, derivados de los hechos concurrentes en este caso. Pero por otra parte, el establecimiento de dichos límites no podía ser sometido a criterios de oportunidad política, toda vez que en una sociedad democrática el espacio urbano no solamente era un espacio de circulación, sino también de participación. En la aplicación del principio de proporcionalidad a los hechos del caso en concreto, se determinó finalmente que efectivamente la prohibición de la celebración de la concentración perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, pues buscaba mantener el orden público. Ahora bien, respecto a la necesidad de la medida, el Tribunal señaló que la prohibición absoluta del ejercicio del derecho a manifestarse resultaba imprescindible, pues no existían medidas menos lesivas para restringir en menor grado su derecho a la libertad de expresión, puesto que, tal y como lo plantearon los promotores de la concentración, toda propuesta de modificación del lugar o la hora solicitada, hubiera desvirtuado el objeto perseguido por ellos.

El siguiente caso aborda el tema de una Ley Orgánica en España que regulaba el régimen de recursos de objeción de conciencia y su régimen penal. Es decir, se impugnaba, *inter alia*, la desproporción de las penas que serían impuestas a los objetores de conciencia al servicio militar, que se rehusaran a cumplir la prestación social sustitutoria. Se alegaba que dicha Ley vulneraba los derechos de libertad personal y libertad ideológica, en relación con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional dejó claro que la invocación de este principio de manera autónoma, no podía analizarse en abstracto si una actuación de un poder público resultaba desproporcionada o no, sino que debían aducirse específicas violaciones constitucionales. La conclusión de la proporcionalidad de la pena, se determinó que la sanción establecida por el legislador penal, no constituía, toda vez que se requería la concreción del mismo para determinar la magnitud de cada sanción impuesta.

El principio de proporcionalidad también ha sido empleado por los Tribunales Constitucionales cuando se refieren a las intervenciones corporales en el curso de las investigaciones judiciales. La sentencia 207/1996, derivó de un amparo interpuesto por una persona que se negaba a la orden judicial, que ordenaba que se le practicara una prueba pericial (sobre el pelo y la totalidad del vello de las axilas) sobre éste, con la finalidad de allegarse de una prueba, dado que el actor supuestamente otorgaba protección a diversas personas relacionados con el tráfico de estupefacientes a cambio de la percepción de cocaína.

Sentado lo anterior, se analizó la constitucionalidad de la medida. En este sentido, se dijo que la regla para las intervenciones corporales debían: a) ser idóneas para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; b) que no existieran medidas menos gravosas que impusieran el sacrificio de otros derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que aún siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga en esos derechos no resulte

desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

Concretamente, se concluyó que la medida solicitada (corte de cabello y pelo de axilas) constituía un trato inhumano y degradante, toda vez que con dicha prueba pericial no se perseguía acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario, el cual no era susceptible (por sí mismo) de destruir el derecho a la presunción de inocencia, por lo que no podía constituirse en una medida necesaria a los fines del aseguramiento del ejercicio del ius puniendi, ni acorde a la regla constitucional de los sacrificios. En síntesis, la obtención de una prueba que implicara la restricción a los derechos fundamentales apuntados, no podía estar dirigida exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el proceso penal. Por dicho motivo, la medida resultaba desproporcional, ya que incurría en una notoria desproporción entre los resultados que se pretendían obtener (indicios) ante la medida de intervención corporal (violación a la intimidad).

3.4 El principio de igualdad en la jurisprudencia mexicana y española a partir del principio de proporcionalidad

En los últimos años, el Tribunal Constitucional mexicano ha dado un viraje radical para considerar no solamente al principio de igualdad formal como parte del sistema constitucional, sino también el principio de igualdad sustancial o igualdad política, en términos de la filosofía contemporánea. Uno de los elementos determinantes dentro del principio de igualdad formal es el fundamento objetivo y razonable para hacer distinciones entre dos personas que se encuentran en supuestos de hecho distintos cuando la Constitución o las leyes ordinarias lo impongan. De igual forma, dicho principio exige que exista una relación de

proporcionalidad entre la medida considerada y la finalidad constitucionalmente perseguida por la norma.⁵⁰⁵

El principio de igualdad ha sido razonado por la Corte mexicana de manera muy similar a la óptica del Tribunal Constitucional Español, en relación con el principio de proporcionalidad y razonabilidad jurídica. A inicios del presente capítulo hacía énfasis en los principales criterios jurisprudenciales de la Primera Sala para interpretar este principio (55/2006⁵⁰⁶ y 37/2008),⁵⁰⁷ es decir, las relativas a los criterios o requisitos que deben cumplirse para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad desde la razonabilidad jurídica, es decir, que la distinción legislativa persiguiera una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; que la misma sea apta para conducir al fin u objetivo; la existencia de una relación instrumental entre la medida y el fin perseguido; y la proporcionalidad de la medida, es decir, de entre todas las posibilidades, procurar afectar en menor medida y no de manera innecesaria o desmedida.

De acuerdo a la teoría de los márgenes de acción normativos y epistémicos explicitada en la última parte del capítulo II de la presente investigación, el legislador goza de presunción de constitucionalidad al momento de configurar determinado principio o derecho fundamental en la legislación respectiva. Sin embargo, en el desarrollo o configuración de un principio o derecho constitucional debe ser especialmente cuidadoso, sobre todo, en aquellos asuntos relacionados con cláusulas sospechosas, es decir, aquellas relacionadas con cuestiones de

⁵⁰⁵ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD. Tesis Aislada. 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Junio de 2008, p. 439.

⁵⁰⁶ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁵⁰⁷ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, p. 175. Esta última jurisprudencia está compuesta por dos de los amparos de la anterior jurisprudencia (988/2004 y 846/2006).

discriminación por razón de género, salud, preferencia sexual y demás descritas en el artículo 1 de la CPEUM.

Ahora bien, el principio de igualdad sustancial, justifica la existencia de medidas de acción discriminatorias, o lo que la doctrina contemporánea denomina medidas de acción positiva, con la finalidad de “compensar la situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos”. Es decir, en el análisis de constitucionalidad de las normas relacionadas con el principio de igualdad sustancial, especialmente en acciones afirmativas, el canon o análisis exigido será más estricto de lo habitual, dado que persigue poner en igualdad de condiciones a las personas en desventaja por razones sociales, económicas o políticas.

El estudio del principio de igualdad tomando como referencia la jurisprudencia española tiene su justificación en la idea de la implementación de medidas de acción positiva por aquel país y su amplio desarrollo desde los años ochenta y principios de los noventa en diversos asuntos relacionados con la discriminación positiva. En el Caso Mujeres aviadoras⁵⁰⁸ (incorporación de la mujer en el sector militar), el TCE ha desarrollado los criterios de razonabilidad y objetividad en torno a las distinciones legislativas a favor de un grupo socialmente desfavorecido. De igual manera, en el Caso Guarderías (STC 128/1987), se aborda el análisis de la razonabilidad de la medida legislativa en relación a los supuestos de hecho injustificados de acuerdo a las medidas remediadoras o compensadoras a favor de un grupo socialmente desfavorecido (mujeres).

Por su parte, en el caso Diferencias Salariales y división de sexo,⁵⁰⁹ se determinaron los distintos criterios objetivos y razonables desde la argumentación jurídica por medio de los cuales se concretizaran las desigualdades de trato y la no discriminación por razón de género. Es decir, a partir de una concepción

⁵⁰⁸ STC 216/1991.

⁵⁰⁹ STC 147/1995

material de Constitución, apartándose de la visión legalista y formal del principio de igualdad, permitiendo la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y de seguridad social, y de esta forma, tener condiciones dignas de vida. A continuación, presentaré dos casos que guardan similitudes fácticas entre la jurisprudencia española como mexicana, a fin de ejemplificar lo anterior, se trata de los casos relacionados con la pensión de viudez para los varones, resuelta por el TCE y la SCJN respectivamente.

3.4.1 El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: su determinación a partir del principio de proporcionalidad en relación a la pensión por viudez en España y México [STC 103/1983] y el Amparo en Revisión 395/2007

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español el 22 de noviembre de 1983, identificada bajo la clave: 103/1983 aborda el problema del derecho a la pensión de parte de un viudo en relación a la legislación española de seguridad social. El agravio principal consistió en que el numeral 160.2 de la Ley de Seguridad Social de aquel país que establecía que, para que el viudo tuviera derecho a la pensión por fallecimiento de su cónyuge trabajadora, era necesario además de los requisitos exigidos por igual a los trabajadores del sexo masculino (haber convivido habitualmente –matrimonio o concubinato; y haber completado las cotizaciones respectivas), también era necesario demostrar que, al tiempo del fallecimiento de la esposa causante, se encontraba incapacitado para el trabajo así como la dependencia económica.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal Constitucional determinó que este supuesto normativo contemplado en la legislación respectiva, resultaba contrario a lo dispuesto por el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo contemplado en la CE (art. 14). Si bien es cierto que la identificación del canon de proporcionalidad aplicado a la presente resolución es muy tenue, cabe precisar también que la decisión analizada data de principios de los años ochenta (a inicios del TCE) cuando comenzaba la generación de jurisprudencia constitucional por el

máximo Tribunal de aquella nación, y el mismo sirvió para comenzar a marcar directrices sobre la aplicación del principio de igualdad en torno a la razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Ahora bien, para justificar su decisión el Tribunal desarrolla el principio de igualdad de manera muy similar al razonamiento que haría después la SCJN, tal y como expondré más adelante.

... la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador.⁵¹⁰

En la última parte del razonamiento se identifica de manera primigenia la relación de instrumentalidad entre la finalidad de la norma y los medios empleados por la misma para hacerlos efectivos, así como el subprincipio de idoneidad o adecuación de la medida legislativa. Es decir, acorde a la doctrina de los márgenes de acción normativos, el legislador se encuentra posibilitado para desarrollar el principio de igualdad, siempre y cuando los límites configurados en la norma no resultan irracionales para la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos de protección por el legislador.

Para reforzar el anterior argumento, en la resolución se advierte el análisis de los argumentos del Estado para justificar la legitimidad de la norma enjuiciada, fundada en datos sociológicos y en la realidad histórica para determinar la necesidad de la mujer de una pensión a través de una presunción *iuris et de iure*,

⁵¹⁰ STC 128/1987, p. 14.

sin la necesidad de trámites o comprobaciones. Inclusive en el voto particular de dos Magistrados se lee una conclusión ajustada a esta óptica.

En el pasado, y de ello se trata ahora, la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir «a cargo» del marido (por irónica que la expresión pueda resultar), mientras era excepcional la situación contraria, y, por tanto, no parece discriminatorio que se la dispense de probar esta situación, en tanto que sí ha de probarla el varón, como no es absurdo, sino razonable, que se le exija a éste la prueba de no estar incapacitado para el trabajo y sería absolutamente irrazonable condicionar a la incapacidad para trabajar la percepción de la pensión de viudedad de una mujer que durante toda su vida ha dedicado su esfuerzo a unas tareas domésticas fatigosas y absorbentes que le han impedido adquirir, entre otras cosas, una formación profesional.⁵¹¹

Por este motivo, en el caso analizado se determinó que los enunciados normativos 160.1 y 160.2 de la Ley General de Seguridad Social de aquel Estado, realizaban una distinción para otorgar esta prestación, toda vez que la pensión de los viudos (sexo masculino), se encontraba condicionada por requisitos irrazonables, es decir, la carga probatoria de demostrar, que al tiempo de fallecer su consorte, se encontraba incapacitado para el trabajo y una relación de dependencia económica, por consiguiente, esa distinción por sí misma, derivaba de una condición de género, es decir, el trato desigual e injustificado de parte del legislador, en perjuicio del varón derivaba desde el momento en que en identidad de circunstancias, el legislador atribuía secuelas distintas.

Siguiendo este mismo hilo conductor, la SCJN decidiría décadas más tarde de manera muy similar que su homólogo español en un caso que guarda bastantes similitudes fácticas; se trata de la sentencia recaída al amparo en revisión 395/2007, que deriva de la impugnación al artículo 152 de la Ley del Seguro Social, que establecía una distinción legislativa para acceder a la pensión

⁵¹¹ STC 128/1987, Voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, al que se adhiere el también Magistrado don Francisco Pera Verdaguer, a la Sentencia de 22 de noviembre de 1983, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982, p. 23.

para los viudos, adicionalmente al requisito general (matrimonio o concubinato y cotizaciones respectivas) la prueba de que el hombre estuviese totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada fallecida.

Cabe precisar que esta resolución fija un punto de inflexión para la posterior resolución de casos similares,⁵¹² a partir del canon de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, en relación con la divergencia de criterios sostenidos por los distintos Tribunales Colegiados en el país.⁵¹³ El análisis de parte de la SCJN comienza con la cita a jurisprudencias que ya han sido motivo de análisis en la presente investigación, relacionados con las diferencias objetivas y razonables que puede hacer el legislador en la consecución o cumplimiento de las finalidades constitucionalmente legítimas, con base en la estructura del principio de proporcionalidad explicitada en el primer epígrafe de este capítulo.⁵¹⁴ No obstante, la aplicación de este canon hermenéutico resulta un tanto débil al caso en particular, a pesar de la cita como soporte argumentativo de las distintas

⁵¹² PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. Tesis: 2a. VI/2009, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIX, Febrero de 2009, p. 470; PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis: 2a. VII/2009, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIX, Febrero de 2009, p. 470.

⁵¹³ PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ACREDITAMIENTO DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA A QUE CONDICIONA EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL PARA SU OTORGAMIENTO, SE ESTABLECIÓ TANTO PARA EL VIUDO COMO PARA EL CONCUBINARIO, SIN EMBARGO TAL CONDICIONANTE HA SIDO DECLARADA INCONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis: 2a./J. 132/2009; Semanario Judicial de la Federación Localización: Tomo XXX, Septiembre de 2009, p. 643; derivado de la contradicción de tesis 154/2009, sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región y el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

⁵¹⁴ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Tesis P/J. 55/2006 Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75; IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Tesis: 1a./J. 81/2004. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, Página: 99.

jurisprudencias que detallan ampliamente la estructura argumentativa de la proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a diferencia del TCE, quien apenas iniciaba su labor de jurisdicción constitucional.

La premisa inicial de la argumentación se limita a realizar la fórmula clásica aristotélica sobre la equidad e igualdad. Posteriormente, se determina que lo dispuesto por la norma impugnada no persigue una finalidad constitucionalmente legítima (subprincipio de adecuación), debido a que otorga un trato diferente a las personas que se encontraban colocadas en una misma situación de hecho, basándose únicamente en el sexo de la persona, a pesar de que la pensionada haya cumplido con la cotización respectiva de acuerdo a los requerimientos que exigía la ley.

La resolución finaliza con la cita como soporte argumentativo a dos precedentes relativos a la prestación de servicios médicos para los trabajadores del Estado y sus familiares, que en identidad de circunstancias, exigían a las derechohabientes del sexo femenino, que sus cónyuges acreditaran incapacidad física o mental, o fueran dependientes de la mujer trabajadora. No obstante, de la lectura de las sentencias que generaron las tesis aisladas citadas, no se desprenden criterios de razonabilidad o proporcionalidad interesantes, más bien, se trata de un análisis riguroso en base al principio de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer.⁵¹⁵

⁵¹⁵ Los precedentes resueltos por el Pleno de la SCJN derivan del derecho a la atención médica de las mujeres trabajadoras, ya que la legislación exigía requisitos desiguales (incapacidad o dependencia económica) a las trabajadoras mujeres que a los varones para que sus parejas gozaran de esta prestación social, no obstante en dicha resolución judicial se encuentra ausente el canon de razonabilidad, limitándose al análisis letrista de la igualdad jurídica del propio precepto 4 constitucional. Ver: Amparo en Revisión 2543/1998. Pleno. Ministro Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, del anterior amparo derivó la siguiente tesis: TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Tesis: LIX/99 [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; Pág. 58; Vid. también: TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 5o., FRACCIÓN V, PÁRRAFO SEXTO, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. Tesis: LIII/89, Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Primera Parte, Enero-Junio de 1989, p. 201.

3.5 El derecho a la vida en la jurisprudencia mexicana y española a partir del principio de proporcionalidad

El derecho a la vida constituye uno de las principales asignaturas pendientes por la SCJN hacia la consolidación de una teoría constitucional de los derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, este organismo ha tenido escasos pronunciamientos sobre este principio como un derecho fundamental básico sobre el cual reposan el resto de los derechos. El principio de proporcionalidad puede servir como una herramienta expansiva y directriz fundamental para el desarrollo pleno del derecho a la vida, a través del establecimiento de límites o restricciones cuando colisiona con otros derechos o bienes de igual jerarquía.

Desde la novena época, el Tribunal mexicano ha pronunciado diversos criterios que sirven para entender la redimensión del derecho a la vida, a partir del reconocimiento del mismo, a pesar de no encontrarse de manera expresa en la legislación mexicana.⁵¹⁶ Inclusive, no se habla únicamente de la abstención de parte del Estado, sino también de las acciones positivas tales como adoptar “las medidas razonables y necesarias aludidas, como son las tendientes a preservarla, a minimizar el riesgo de que se pierda en manos del Estado o de otros particulares, y las necesarias para investigar efectivamente los actos de privación de la vida.”⁵¹⁷

En este contexto, también existen precedentes que abordan esta última vertiente positiva sobre la posible violación del derecho a la vida por cuestiones de falta de seguridad social, como sucedió en el caso de trasplantes de órganos entre vivos (Amparo en revisión 115/2003⁵¹⁸ y la Acción de Inconstitucionalidad

⁵¹⁶ DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. Tesis: P./J. 13/2002, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, Febrero de 2002, p. 589.

⁵¹⁷ DERECHO A LA VIDA. SUPUESTOS EN QUE SE ACTUALIZA SU TRANSGRESIÓN POR PARTE DEL ESTADO. Tesis: P. LXI/2010, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 24.

⁵¹⁸ El caso versó sobre la solicitud de una persona sobre la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley General de Salud, que establecía como prohibición, la donación de órganos entre vivos, cuando el donante no tuviera un parentesco por consanguinidad por afinidad o civil o fuera cónyuge, concubina o concubinario del receptor.

10/2005).⁵¹⁹ La Corte determinó que dicho precepto establecido en la ley reglamentaria, constituía una limitación al derecho a salud, y por consiguiente, la violación del derecho a la vida, por lo que no se encontraba justificada constitucionalmente.⁵²⁰

El presente epígrafe busca explicar el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia mexicana el derecho a la vida, a partir de su interpretación desde el principio de proporcionalidad. Bien es cierto que esto no sucede hasta la sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147 del mismo año. Sin embargo, la resolución que se analiza en el presente apartado (acción de inconstitucionalidad 2/2000) tiene una peculiaridad fundamental: el reconocimiento del derecho a la vida (producto de la concepción) por vez primera en la historia constitucional mexicana.

En tal sentido, uno de los presupuestos de cualquier Estado Constitucional consiste en el reconocimiento de valores jurídicos superiores en el ordenamiento jurídico para su posible ulterior ponderación en caso de conflicto o colisiones. Siguiendo este razonamiento, expondré a continuación dos precedentes de gran

⁵¹⁹ En este asunto se resolvió la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Civil del Estado de Nayarit. Esta resolución contó con el brillante voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. “En este sentido, la disposición legal reclamada constituye una norma discriminatoria y carente de razonabilidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, contraria al primer enunciado del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional, porque priva a quienes no cuentan con parientes donantes de la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios de gratuidad y de respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento para llevar a cabo trasplantes de algún componente de su cuerpo con fines terapéuticos [...] Esta limitación infringe el deber del Estado de proporcionar los medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, según sus necesidades y no conforme a sus recursos, y en este caso, con independencia de que exista un lazo de parentesco entre donante y receptor, pues este requisito establecido en términos absolutos, carece de razonabilidad, ya que si bien propende a evitar el comercio de órganos, tampoco deja margen alguno para la aceptación de los casos en los que existe el deseo de disposición corporal, sin ánimo de lucro, en orden a mejorar la salud de otra persona ajena a la familia del donante, cuando es evidente que en las instituciones especializadas hay insuficiencia de órganos disponibles para muchos enfermos”.

⁵²⁰ TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: P. IX/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003, p. 54.

trascendencia, la primera acción de inconstitucionalidad resuelta por la SCJN en materia de aborto ante el primer recurso llevado ante el TCE sobre la misma temática. Ambos casos presentan similitudes fácticas muy relevantes, ya que se trata de la despenalización del aborto por causas eugenésicas y terapéuticas en sus legislaciones respectivas tal y como explicaré a continuación.

3.5.1 Derecho a la vida y aborto: acción de inconstitucionalidad 10/2000 ante la despenalización del aborto en España (recurso de inconstitucionalidad 53/1985)

El dieciséis de abril de 1985, el Tribunal Constitucional Español resolvió el recurso de inconstitucionalidad identificado bajo la clave 53/1985, interpuesto por una minoría parlamentaria, en contra del proyecto de Ley Orgánica de reforma, del artículo 417 bis, del Código Penal. Los agravios planteados por los demandantes se centraban básicamente en la violación al derecho a la vida, ya que las normas penales reformadas despenalizaban el aborto en los siguientes supuestos.

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

El problema central en el presente caso versaba en determinar el alcance de la protección constitucional del nasciturus, conforme al artículo 15 de la Constitución Española, referente al derecho a la vida. La metodología de análisis en el presente caso es a través del principio de proporcionalidad, específicamente la ponderación para dotar de contenido a los derechos fundamentales, a partir del vínculo existente entre los derechos de la madre y el no nacido.

El primer paso que lleva a cabo el Tribunal es reconocer la protección constitucional de la vida que se otorga al feto. En segundo término, se lleva a cabo el planteamiento de colisión entre el bien constitucionalmente tutelado (feto) y el derecho fundamental a la libertad sexual de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo (libre desarrollo de la personalidad). Ahora bien, en lo que respecta el aborto terapéutico (riesgo de salud para la mujer), se determinó que este resultaba constitucional, toda vez que existía una razón que no permitía sacrificar la salud, incluso, la vida de la mujer.

La segunda indicación del referido artículo se relaciona con la causa de justificación relativa a la práctica del aborto por el delito de violación sexual, dentro de las primeras doce semanas, previa denuncia del hecho ilícito. Sobre este punto, se argumentó que la violación al libre desarrollo sexual y la dignidad de la mujer eran determinantes, por lo que en afectación a estos derechos fundamentales no se podrían traducir en la obligación de soportar una carga desproporcional, de lo contrario, se consideraría a la mujer como un mero instrumento para procrear (violación de su dignidad como persona humana).

Asimismo, se argumentó que el numeral impugnado garantizaba suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto (realizada previamente por el legislador), por lo que la alegada desprotección del nasciturus, a través de la despenalización respectiva, no conducía a la ilegalidad de la misma reforma. Si bien es cierto que esta resolución parece algo similar a la del Tribunal mexicano, también es importante mencionar

que el Tribunal Español si trató de manera frontal el conflicto entre derechos o bienes constitucionales en conflicto desde un principio.

La diferencia esencial entre ambas resoluciones radica (como haré patente más adelante) en el uso de una metodología clara de ponderación entre el bien constitucionalmente tutelado (feto) y la libertad sexual de la mujer embarazada (libre desarrollo y dignidad de la persona humana). El Tribunal español no evadió la problemática ética y moral ante la que se enfrentaba y a través de un ejercicio ponderativo, determinó que prevalecía la dignidad de la mujer, ante una carga desproporcional para continuar con la vida del no nacido. A continuación explico la decisión del Tribunal mexicano dictada a casi quince años de distancia bajo un supuesto fáctico similar al planteado ante el órgano español.

El caso mexicano aborda la despenalización del aborto eugenésico en el Código Penal del Distrito Federal. Este es uno de los primeros momentos en que el Tribunal Constitucional mexicano se pronuncia sobre uno de los derechos de mayor relevancia constitucional en la sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 10/2000. En particular, se impugnó la causa absoluta contemplada en el numeral 334, fracción III, del ordenamiento apuntado de la siguiente manera.

No se aplicará sanción... Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

El primer paso del Tribunal mexicano consistió en el reconocimiento del derecho a la vida, de acuerdo a una interpretación sistemática de los artículos 1o., 14 y 22 de la CPEUM.⁵²¹ Asimismo, se hace referencia al no nacido como un bien constitucionalmente a tutelar, tal y como lo reconocería el mismo Tribunal

⁵²¹ DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, Tesis: P./J. 13/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002, Novena Época, p. 589.

Constitucional Español, al respecto se afirma en la decisión: “la Constitución Federal, sí protege la vida humana y de igual forma *protege al producto de la concepción* en tanto que éste es una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en el que se encuentre.”⁵²²

A pesar de lo expuesto, la metodología de análisis del tipo penal descrito resulta defectuosa porque el análisis de la norma se limita a la legalidad y no a la constitucionalidad en sí. Dicha situación puede advertirse de lo siguiente: “debe precisarse que a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo le corresponde verificar la existencia formal de la motivación de la reforma y no así, la deficiencia o adecuación de la misma”. La Corte reconoce que se trata de un caso de aborto eugenésico (situaciones médicas), pero una vez establecida la premisa acerca de la protección constitucional del feto, se encuentra ausente el pronunciamiento sobre una posible ponderación entre bienes constitucionalmente tutelados (sin destacar los votos particulares y concurrentes), es decir, los derechos del feto o nasciturus frente el derecho al libre desarrollo sexual y dignidad de la mujer, de no ser utilizada como un instrumento.

El análisis se apega a la legalidad, basándose únicamente en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal, especialmente en aquella parte donde establece que por alteraciones genéticas o congénitas, puedan resultar graves daños físicos o mentales al producto de la concepción. En el siguiente párrafo de la sentencia se trata de explicar este argumento, pero se incurre en defectos de lógica formal, ya que no se identifican plenamente las premisas del argumento inicial, sino que se trata de argumentar circularmente,⁵²³ pero sin llegar a una conclusión contundente.

⁵²² Sentencia recaída a la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Pág. 103.

⁵²³ El razonamiento circular es una demostración a través de la cual se trata de comprobar la validez de un silogismo inductivo a través de un silogismo deductivo; y a su vez, también es un razonamiento mediante el cual se trata de hacer más evidente la verdad de un silogismo deductivo a través de otro que sea inductivo o dialéctico. No guarda relación alguna con la petición de principio ni con la falacia. Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organón) II, Sobre la interpretación.*

No pasa inadvertido a esta Suprema Corte, que el dispositivo cuya constitucionalidad se examina contiene una contradicción intrínseca que está en los límites del absurdo, puesto que establece, como un requisito fundamental que debe llenarse, que la situación del producto de la concepción sea de que los daños físicos o mentales que puedan ser resultado de sus alteraciones genéticas o congénitas lo sean “al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo”, lo que daría lugar a que se produjera la muerte del producto. Dicho en forma sencilla: si se advierte que el producto con las características tantas veces repetidas puede morir, puede provocársele la muerte. Sin embargo tal razonamiento es inaceptable, pues ya se ha explicado que la disposición no establece que se deba privar de la vida al producto de la concepción, sino sólo que de haberse producido la muerte en esas condiciones y habiéndose llenado los requisitos, no procederá imponer sanción.

El razonamiento anterior es confuso, impreciso y defectuoso, ya que el juzgador no determina si se realizará un análisis en base a una ponderación entre el derecho a la vida del feto y la salud de la madre. Asimismo, cabe preguntarse qué sentido tiene afirmar sobre la notoriedad de una “contradicción intrínseca de un artículo penal (que se encuentra en los límites del absurdo)” relacionado con el hecho de que, si de todas formas el feto se encuentra irremediabilmente destinado a fallecer, entonces hay que practicar el aborto.

Finalmente, se analiza el agravio relativo a la violación al principio de igualdad en relación con los derechos del feto, es decir, si resultaba transgredido el principio de igualdad entre un feto y otro que no tenga malformaciones genéticas que pongan en peligro su supervivencia. La Corte simple y llanamente argumenta que de lo que se trata no es la privación de la vida del producto de la concepción, sino de que en caso de que no se produzca el acto delictivo y reuniéndose los requisitos previstos por dicho numeral, no se aplique sanción

Analíticos Primeros, Analíticos Segundos, (Introducción, traducción y notas por Miguel Candel Sanmartín), Gredos, Madrid, p. 345.

alguna. Es decir, no se establece que a determinados productos de la concepción, por sus características se les pueda privar de su vida, “lo que sí sería discriminatorio.”⁵²⁴

El criterio expuesto en el párrafo anterior evade el problema de fondo de la colisión entre dos bienes o derechos constitucionalmente tutelados (libertad sexual de la mujer frente al derecho a la vida del producto de la concepción) bajo el argumento de que se trata un conflicto exclusivamente penal. En este sentido, la SCJN evade su labor de interpretación y argumentación constitucional, ya que el reconocer que privar de la vida a un producto que tenga alteraciones congénitas o malformaciones, sería discriminatorio y violatorio del principio de igualdad, destruiría la propia argumentación construida, debido a que no se emplea el canon aceptado por el mismo Tribunal Constitucional mexicano, cuando habla de una justificación objetiva y razonable que debe justificar cualquier práctica de aborto.

Ahora bien, quizá el argumento anterior sería válido si se argumentara que la justificación objetiva y razonable es el dictamen elaborado por especialistas, a través del cual se informa a la madre sobre los apoyos y alternativas posibles existentes, para que pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Sin embargo, esto nunca fue planteado a través de la metodología de la ponderación, sino que se prefirió un análisis en base a la legalidad estricta del tipo penal en cuestión, y una interpretación teleológica de la norma. Estas situaciones fueron analizadas finalmente en el voto particular de los ministros disidentes, de acuerdo a un planteamiento metodológico claro, donde se aprecia un análisis directo de la constitucionalidad de la norma por razón de discriminación entre los productos sanos y con alteraciones genéticas.

⁵²⁴ Sobre este punto se hace referencia en el voto particular de los ministros los señores Ministros Aguirre Anguiano, Díaz Romero, Aguinaco Alemán y Ortiz Mayagoitia.

Asimismo, es rescatable el voto concurrente del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, quien propone el empleo de la técnica de la ponderación, debido al choque o conflicto de intereses constitucionales entre la madre y el no nacido. Sin embargo, no comparto su propuesta, ya que después de reconocer la existencia de un conflicto entre estos dos derechos y advertir que se trata de un aborto eugenésico y que por razones de política criminal, el legislador ha decidido no sancionar tal conducta, “la Constitución no prevé sanciones penales, ni obliga al legislador a establecerlas”, la propia argumentación resulta ser muy simplista ya que no toma en cuenta el análisis de las condiciones particulares del caso, es decir, se vuelve una ponderación pero bajo el molde silogístico formalista clásico, que se basa en que la Constitución no contiene mandatos concretos que ordenen al legislador la sanción de una conducta a través del establecimiento de mandatos penales.

En tal sentido, el voto particular del Ministro Mariano Azuela Güitrón critica este argumento (que la Carta Magna no prevea sanciones penales ni obliga al legislador a establecerlas), a través de una especie de planteamiento de protección deficiente de los derechos fundamentales y principios constitucionales,⁵²⁵ tal y como sucedió en el caso alemán.⁵²⁶

“... la Constitución establece derechos fundamentales que los poderes constituidos deben salvaguardar, lo que significa que si para ello resulta indispensable establecer normas penales que tipifiquen ciertas conductas como delitos, así como la necesidad de sancionarlas, no contar con esa legislación o establecer en ella normas que darían lugar a que se vulneraran los derechos protegidos por la Constitución ...”.

⁵²⁵ Una vertiente del subprincipio de adecuación o idoneidad dentro del principio de proporcionalidad, explica que una medida legislativa puede vulnerar el referido subprincipio cuando el derecho es deficiente o insuficientemente protegido por el legislador. CLÉRICO, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *Desafíos a la ponderación, op. cit.*, pp. 358-428.

⁵²⁶ BVerfGE 39, 1, ver especialmente fundamentos jurídicos 3, 4 y 5.

Sin embargo, después de efectuar este razonamiento la argumentación restante es insuficiente, pues no justifica a través de un planteamiento claro y preciso la necesidad de establecer una pena para proteger el derecho a la vida del no nacido ante los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, es decir, el motivo por el cual debe soportar o preponderarse un bien sobre el otro, dedicándose en sucesivos planteamientos a debatir sobre la legalidad y taxatividad del tipo penal y la causa de justificación en cuestión.

A pesar de las anteriores críticas a la decisión del Tribunal mexicano, es relevante el reconocimiento realizado hacia el no nacido como un bien constitucionalmente tutelado. No obstante este reconocimiento no sirvió para llevar a cabo un razonamiento en base a una metodología donde se ponderaran ambos principios constitucionales. Si bien es cierto que algunos votos concurrentes y particulares comparten esta idea, ninguno alcanza en su máxima amplitud a utilizar esta herramienta argumentativa, y evade de nueva cuenta el planteamiento ético que implica ponderar la dignidad y libertad sexual de la mujer ante el derecho a la vida del feto.

3.6 El desarrollo de la dignidad humana a partir del derecho a la intimidad conforme a la jurisprudencia mexicana y española desde el principio de proporcionalidad

La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad han sido dos de los principios fundamentales que han servido para cimentar el orden constitucional y se han erigido como valores superiores del ordenamiento jurídico.⁵²⁷ La jurisprudencia comparada es fecunda en la creación de precedentes que han servido para extender el significado de estos dos principios, construyendo nuevos derechos fundamentales como la intimidad y privacidad. La evolución del derecho a la privacidad ha sido asombrosa en las últimas décadas. Desde su concepción originaria a finales del siglo XIX por los abogados D. Warren y Louis D. Brandeis como el derecho a la privacidad (the right to be alone).⁵²⁸

La doctrina alemana ha reconocido tres esferas de protección de la intimidad: la *intimsphäre* (esfera íntima), ésta es la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena y es lo más secreto del individuo; la *Privatsphäre* (lo privado o íntimo) similar a la privacy del derecho norteamericano y puede contener las relaciones tanto familiares como personales; y finalmente, la *Individualsphäre* (esfera individual) relativo a aquellos asuntos concernientes con la intimidad pero que se encuentran dentro de ella, como el honor o la propia imagen.⁵²⁹ Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha dictado precedentes emblemáticos, en torno a los datos de sus habitantes y varios litigios que ha cimentado un respeto inefable hacia la protección constitucional de estos derechos,

⁵²⁷ En primer término, uno de los precedentes más emblemáticos dictados para el reconocimiento de los principios fundamentales fue el fallo Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Véase de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, especialmente párrafos 1 y 27, (BVerfGE 7, 198). HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

⁵²⁸ WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, Vol. IV, No. 5, Diciembre, 1890, p. 193.

⁵²⁹ HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, (2a ed.), Köln, Böhlau Verlag, 1967, pp. 174 y ss.; SOEHRING, Claas-Hendrik, *Vorverurteilung durch die Presse-Der publizistische Verstoß gegen die Unschuldsvermutung*, Hamburg, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 22. Ver igualmente la jurisprudencia alemana: BVerfGE 54, 148, 153, párr. 7; BVerfGE 54, 208, 217, párr. 19; BVerfGE 65, 1, 41, párr. 104.

principalmente a raíz de las atrocidades cometidas durante el régimen nacionalsocialista.⁵³⁰

En los últimos años en México, se ha revelado un fenómeno muy interesante que ha despertado un interés en el Tribunal Constitucional mexicano relativo a la relación entre el derecho privado y el derecho constitucional, situación vislumbrada desde los años ochenta por especialistas alemanes⁵³¹, principalmente lo que la jurisprudencia alemana ha definido como *Drittwirkung der Grundrechte* (Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o frente a particulares)⁵³², teniendo como inspiración principal, la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, explicada como aquella que busca la eficacia inmediata de los derechos en cualquier sistema jurídico, independientemente si se encuentra en situaciones de Derecho Público o Privado.

En este sentido, al ser la Constitución el orden jurídico fundamental sobre el cual reposa el sistema jurídico, la mayor parte de los institutos jurídico-privados, como los contratos celebrados entre particulares, buscan lograr el principio de la autonomía de la voluntad, y en ese camino, conducen a necesarias e ineludibles restricciones a la autonomía individual de los derechos, los cuales deben ser sujetos de la tutela y protección de esa libertad que se pregona en el Derecho

⁵³⁰ Durante el régimen de Adolf Hitler, la Corporación IBM en Alemania, con su personal y equipo, diseñó un sofisticado sistema de identificación, consulta y confrontación de datos de miles de judíos, rastreando de esta forma sus orígenes, empresas y demás propiedades. El desenlace de esta flagrante violación al derecho a la intimidad la conocemos todos: el holocausto para miles de judíos en la Alemania nazi. BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Washington, D. C., Dialog Press, 2001, p. 400 y ss.

⁵³¹ Los principales autores que se han ocupado de esta temática en el Derecho Constitucional alemán son: G. DURIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" en *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar Verlag, 1956, pp. 157-190. HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988. BLECKMANN, Albert, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en DVBI, 1988, pp. 938-946. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999. Classen, Claus Dieter, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en: *AöR* 122(1997), pp. 65-107.

⁵³² SCHWABE, Jürgen, "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte", en *AöR* 100(1975), pp. 442-470. VON MÜNCH, Ingo, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Diss., 1998.

Civil.⁵³³ Esto puede vislumbrarse más claramente en los casos que plantearé a continuación, donde colisiona la libertad informativa (expresión) de los periodistas, ante el derecho al honor de los particulares.

Precisamente, este es el punto donde deseamos hacer énfasis, ya que el desarrollo de la institución de la eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares (*Drittwirkung*)⁵³⁴, plantea en esencia, saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas, en qué medida y en que extensión.⁵³⁵ Su principal defensor es el distinguido constitucionalista Dürig, quien explica que “este precepto impone un deber de protección y de tutela frente a los valores que los derechos fundamentales y el concepto normativo de la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento”.⁵³⁶

Uno de los pilares fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, es el ejercicio y tutela efectiva del derecho a la libertad de expresión. La formación de una opinión pública responsable ha sido uno de la de las opiniones más innovadoras que ha sostenido la misma Suprema Corte de Justicia en sus últimas resoluciones.⁵³⁷ Como diría el profesor Javier Ansuátegui, “la libertad de expresión

⁵³³ HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privacht Recht*, *op. cit.*, p. 75.

⁵³⁴ Cabe especificar que fue por vía jurisprudencial y fundamentados en la doctrina como el Tribunal Federal Constitucional Alemán comenzó a emplear la *Drittwirkung der Grundrechte*, los orígenes nos remontan a la época de Weimar, sin embargo el verdadero desarrollo se logra posterior a la segunda posguerra. Por otra parte, la Jurisprudencia Española siguió la línea germana con el fallo de la sentencia 78 de 1982 y en la sentencia 55 de 1983 del Tribunal Constitucional Español.

⁵³⁵ ESCHENBACH, Jürgen/ Niebaum, Frank, “Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung”, en: *NVwZ*, 1994, pp. 1079-1082.

⁵³⁶ G. DURIG, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” en *Festschrift zum 75... op. cit.*, p. 178.

⁵³⁷ Al respecto: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1523. P./J. 26/2007; LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1522. P./J. 24/2007; LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE. [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 540. 1a./J. 32/2013 (10a.); LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1520. P./J. 25/2007.

es la condición de surgimiento y formación de la opinión pública libre, a través de la cual se estructuran los criterios de racionalidad social.”⁵³⁸ En este sentido, existe una rica tradición jurisprudencial en materia de libertad de expresión tanto a nivel internacional como de derecho comparado. Incluso, en la actualidad se habla igualmente de un derecho de acceso a la información como vertiente de este último, el cual ha merecido la atención de juristas y organismos internacionales en materia de derechos humanos⁵³⁹.

El máximo Tribunal mexicano ha determinado que el tema del derecho al honor guarda estrecha conexión con el principio de la dignidad de la persona humana, acorde al precedente (amparo directo en revisión 402/2007), donde la SCJN negó la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad del artículo primero, de la Ley sobre Delitos de Imprenta. Aquí se determinó que el derecho a la vida privada deriva de la dignidad de la persona (que es lo que nos interesa en esta parte del estudio), que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Asimismo, identificó los derechos al honor y la intimidad igualmente como derivaciones de la dignidad humana. De ahí que si la vida privada, la intimidad y el honor encuentran protección constitucional,

⁵³⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 425. FREIXES SANJUÁN, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 15, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 70, Octubre-Diciembre 1990, pp. 93-124; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Un caso de internacionalización y constitucionalización. las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

⁵³⁹ *Vid.* ISLAS L., Jorge, “La información pública y la jurisprudencia internacional”, en CARBONELL, Miguel y BUSTILLOS ROÑEQUI, Jorge (Coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, (1ª ed.), pp. 155-174. *Vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 15, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 70, Octubre-Diciembre 1990, pp. 93-124; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Un caso de internacionalización y constitucionalización. las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

la afectación a dichos bienes, a través de expresiones maliciosas, merecen la protección constitucional de la Ley sobre Delitos de Imprenta.⁵⁴⁰

Por este motivo, he decidido colocar en este apartado el análisis de dos casos relacionados con el derecho a la libertad de información frente al derecho a la intimidad, específicamente en los procesos penales donde se encuentran involucradas víctimas de delitos sexuales. Lo anterior, con la finalidad de determinar el análisis a ambos casos a partir de la ponderación de los bienes en conflicto o colisión. Por consiguiente el título de la presente sección se encuentra ajustado al mismo, toda vez que el derecho a la intimidad como el honor son derechos específicos, provenientes de un principio fundamental, como lo es la dignidad de la persona humana.

En un primer momento abordaré el caso Lidia Cacho, resuelto por el Tribunal mexicano, a partir de la condena civil por daños morales interpuesta por una de las víctimas de los crímenes sexuales cometidos por un empresario del Estado de Quintana Roo, y debido a la publicación de determinadas fotos y las de su madre presentadas en el libro: “Los demonios del Edén”, de autoría de la referida periodista.

Por su parte, el caso español que presento, guarda ciertas similitudes fácticas, debido a que se trata de la revelación de datos sensibles de una persona que había sido víctima de un delito sexual en la publicación de dos artículos periodísticos. Si bien es cierto que las situaciones y características individuales de los sujetos participantes son distintas, así como el efecto producido en ambas resoluciones, es importante manifestar que se trata del establecimiento de cánones a partir de la ponderación para determinar la solución a colisiones o conflictos entre dos principios o derechos constitucionales (intimidad vs libertad de información).

⁵⁴⁰ Me encuentro en desacuerdo con la decisión final y remito al Voto Particular del ministro José Ramón Cossío, que desglosa de manera clara y precisa, las razones por las cuales no se debía criminalizar la libertad de expresión.

3.6.1 El deber de diligencia y veracidad sobre la información frente el derecho al honor en los casos: “Los demonios del Edén” de Lidia Cacho de la SCJN (Amparo Directo 3/2011, relacionado con el Amparo Directo 4/2011) y falta al deber de diligencia sobre la revelación de víctimas en crímenes sexuales (STC 127/2003)

Uno de los primeros amparos en materia de libertad en donde se aplicó el principio de proporcionalidad como esquema argumentativo para dotar de contenido a los derechos fundamentales en cuestión, es el amparo directo en revisión 2044/2008, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el diecisiete de junio de 2009.⁵⁴¹ Este asunto retoma los criterios del caso *New York Times vs Sullivan*, resuelto por la CSEU, ya que se aborda el derecho al honor de un servidor público, frente al derecho a la información de un periodista. Esta resolución ayudó a crear estándares apropiados de responsabilidad donde se encontraban inmersos servidores públicos o temas de interés público o de preocupación general.

Asimismo, destaca la tesis sobre la relevancia pública de los personajes, cuando estos actúan en su calidad de particulares, requieren demostrar una “malicia actual”, con la finalidad de probar los daños causados a su persona⁵⁴², para lo cual se requieren dos elementos: demostrar que se trata de una figura pública y que la información es de interés público. En la referida resolución, la SCJN determinó que los derechos a la libertad de expresión e imprenta eran principios fundamentales que debían ser optimizados a partir del canon de la ponderación, empleando la terminología de la doctrina contemporánea.⁵⁴³

⁵⁴¹ Se refiere a la publicación en un periódico de circulación regional de Acámbaro, Guanajuato, de una entrevista realizada a un ex servidor público de aquella municipalidad, donde concede una entrevista al Periódico “La Antorcha” y platica sobre distintas actividades que como chofer realizó cuando trabajó con el Presidente Municipal. Tiempo después el Presidente de aquel municipio presentó una denuncia penal, ya que las declaraciones, según el denunciante, le causaban deshonra, descrédito y perjuicio.

⁵⁴² TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 873.

⁵⁴³ Considerando Quinto de la sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el diecisiete de junio de 2009.

Ahora bien, el presente caso surge en la sentencia recaída al amparo directo 3/2011, relacionado con el amparo directo 2/2004, interpuesto por la periodista Lidia Cacho y su casa editorial, con motivo de la sentencia impuesta en su contra por un Juzgado Civil (y ratificada posteriormente en segunda instancia) como consecuencia de una demanda civil por daños y perjuicios, en relación a una investigación realizada sobre pedofilia en el Estado de Quintana Roo, y que denunciaba este crimen en el libro intitulado: “Los demonios del Edén”, de su autoría.

El acto motivo de impugnación por las demandantes consistió en la publicación (en el libro objeto del litigio) de tres fotografías de la actora (dos de ellas de frente y cubiertas por un cintillo en la silueta de sus ojos); de su familiares (hermana y madre, ésta última no tiene cintillo); así como la reproducción de una declaración que rindió ante la autoridad ministerial e información personal tomada de un estudio psicológico que le había sido practicado cuando Lidia Cacho era Directora de una asociación para la atención de víctimas de delitos sexuales en esa misma Entidad. La resolución está sistematizada en tres grandes secciones. Las primeras dos se dedican a realizar un repaso sobre la doctrina constitucional sobre la que se ha apoyado la SCJN en asuntos relacionados con la libertad informativa y su colisión con el derecho al honor y privacidad.

La última parte se dedica al estudio de los agravios ocasionados a la parte quejosa, así como la extensión del derecho a la libertad informativa y sus límites a la luz del test de malicia efectiva, tal y como lo ha desarrollado la CSEU. La metodología empleada para el análisis de los agravios expuestos es la ponderación, pero siguiendo un canon rígido, al estilo de un manual de texto (innecesario desde una perspectiva metodológica para un Tribunal Constitucional), además de volver extensa la resolución (más de 150 páginas), ya que se reitera de manera innecesaria en el contenido de los precedentes para argumentar circularmente en base en dos grandes silogismos sobre la pertinencia y el peso de

la libertad informativa,⁵⁴⁴ incurriendo en algunas ocasiones en la falacia de petición de principio (como lo demostraré sucesivamente).⁵⁴⁵

Siguiendo este modelo argumentativo, existen dos grandes premisas donde es analizado el material objeto de la impugnación, así como la adecuación de los sujetos participantes en la doctrina de la libertad de expresión y de información ahí expuesta, tal y como consta en la resolución comentada, se identifican las siguientes premisas.

- Premisa 1.** Doctrina constitucional de la Suprema Corte sobre los casos de conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad
- Premisa 2.** Doctrina específica sobre los conflictos entre libertad de información y derecho a la vida privada
- Conclusión.** Estudio de los conceptos de violación a la luz de las consideraciones anteriores

Si bien es cierto que los títulos de las secciones se refieren a la doctrina de la SCJN en precedentes dictados con antelación, debo puntualizar que parte del contenido expuesto ahí mismo se identifica plenamente con el material que obra en autos sobre el caso de Lidia Cacho, tratando de encuadrar paulatinamente el material respectivo con la doctrina de la información pública, así como calificar a la demandante bajo el espectro de una persona privada, pero con relevancia pública. Inclusive, se llega a calificar el derecho a la información pública como de “carácter preferencial” en la sociedad mexicana, en aras de fomentar el debate público. Por este motivo, pienso que la decisión se aleja un poco de la ponderación (dimensión

⁵⁴⁴ Reitero la definición de Aristóteles sobre la argumentación en círculo: *el demostrar en círculo y recíprocamente consiste en probar, a través de la conclusión y de tomar una de las proposiciones a la inversa en cuanto a la predicación. Dicho de otra forma, la comprobación y el razonamiento de comprobación consisten en probar, a través de uno de los extremos, que el otro se da en el medio. El Organón (Tratados de Lógica)..., op. cit., pp. 243-248.*

⁵⁴⁵ Siguiendo la lógica aristotélica, la *falacia de petición de principio* sucede cuando *una proposición a ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas, considerándolo en su género. Ibíd., p. 271.*

subjetiva) y prefiere hacer uso de la dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión en cuestión (contenido esencial irreductible).

Ahora bien, la primera premisa (indicada arriba) realiza un análisis exhaustivo sobre los principales precedentes dictados por la SCJN en materia de colisiones entre libertad de expresión y derecho al honor (privacidad, intimidad), a la luz del derecho comparado, citando Tribunales Constitucionales como el español, norteamericano, y organismos internacionales, como la CIDH y la CEDH. Entre las decisiones emblemáticas citadas se encuentra el amparo Directo en Revisión 2044/2008, el caso Martha Sahagún,⁵⁴⁶ la Jornada,⁵⁴⁷ principalmente, donde se habían delineado los pasos a seguir sobre la doble dimensión (individual y social) de la libertad de expresión en el contexto de una sociedad democrática.

Sentado lo anterior, en esta parte de la sentencia se explicita el carácter de periodista de Lidia Cacho, así como la publicación de su texto como periodismo de denuncia, en particular, sobre la investigación que incluía la recopilación y documentación de las experiencias de abuso y explotación sexual sufridas por distintas menores de edad, así como documentos oficiales. En esta parte de la sentencia se comienza a calificar la información motivo de la impugnación como de interés público, debido a su relevancia y el carácter de periodismo de investigación.

Más adelante se comienzan a elaborar argumentos para calificar la información objeto de debate bajo la siguiente premisa: “La presencia de un interés público en la difusión de la información de la vida privada de una persona elimina el carácter ilícito o antijurídico de la intromisión en ese derecho de la personalidad.”⁵⁴⁸ Páginas después, se precisa sobre el margen de apreciación para los periodistas sobre la información de la vida íntima de una persona que se considere relevante para el tema de interés público.

⁵⁴⁶ Amparo Directo 6/2009.

⁵⁴⁷ Amparo Directo 28/2010.

⁵⁴⁸ *Vid.* página 85 de la sentencia.

El segundo apartado de los Considerandos, se precisa el conflicto sobre la libertad de información y el derecho a la intimidad a partir de dos herramientas: el interés público como causa de justificación y el test de malicia efectiva como criterio de imputación de responsabilidad. Al respecto, se determina que la intensidad en la intromisión en la vida íntima de una persona guarda íntima correspondencia de acuerdo a la adscripción que tenga la persona en la esfera pública, aunque ésta haya pertenecido siempre al ámbito privado. Asimismo, disminuirá la expectativa de confidencialidad en razón de haber sido difundida previamente por la misma persona a través de otros medios; mientras que el estándar de malicia efectiva constituirá un criterio subjetivo de imputación, necesario para atribuir responsabilidad a una persona por dolo o negligencia.

En la tercera sección de la sentencia se comienzan a calificar los agravios planteados por la quejosa, a través de la aplicación de la doctrina relatada previamente a manera de silogismos. En esta parte de la argumentación, el Tribunal debe determinar de acuerdo a la última fase del principio de proporcionalidad, la intensidad de la afectación a cada uno de los principios o derechos en colisión, ponderando cual tiene mayor relevancia sobre el otro y jerarquizando sobre el caso en concreto.

Para determinar esto último, se acude a la fase de la ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto), a partir del estándar de malicia efectiva, que por dolo o negligencia se haya transmitido la información motivo de impugnación. La SCJN determina conceder el amparo en razón de una indebida valoración de las pruebas ofrecidas por las partes para demostrar que la información difundida era de interés público y que había sido difundida antes del litigio.

Para valorar la información pública de los hechos y documentos objeto de prueba, se determinó que las fotografías publicadas en el libro (información privada) guardaban una conexión con el interés público de la denuncia que la periodista deseaba hacer ante la sociedad (crímenes sexuales e impunidad). Es

decir, a pesar de que se revelara información sensible y personal de una de las víctimas del crimen, no se determinó que haya existido alguna intención maliciosa para dañar la imagen de la quejosa, ya que, con el relato de los perfiles de las víctimas se ayudaba a construir una imagen más clara de los hechos motivo de denuncia, incluso, permitir un margen de apreciación judicial muy estricto o intenso en este tipo de decisiones, supondría una restricción indirecta a la libertad de expresión y por el contrario, no respondía a un interés morboso (del público).

Ahora bien, el procedimiento para asignar un peso concreto a los derechos en colisión, se determinó que se había cubierto la identidad de la persona afectada, a través de un cintillo en el rostro, así como en el de sus familiares que aparecían en las fotografías, es decir, las medidas tomadas por la periodista buscaban que no fuera posible vincular la información íntima con la persona a la cual pertenecía, con el empleo así mismo de un seudónimo cuando fue redactado el perfil psicológico de las víctimas.

En segundo término, se estableció que la demandante era una persona con proyección pública, por lo que la intensidad de la protección de su derecho a la intimidad sería similar al de una persona pública. Lo anterior, a través de la aportación de una nota periodística (donde accedió a ser fotografiada) y una entrevista en televisión (donde no apareció su imagen, pero su voz no fue distorsionada), con el objeto de denunciar a su victimario y la investigación realizada en ese momento por la Procuraduría del Estado. Algo que resulta un tanto confuso, y a mi parecer incorrecto, ya que las entrevistas en comento fueron hechas después de la publicación del libro objeto de litigio, mientras que el carácter de relevancia pública de la víctima debió haber sido valorado de acuerdo a los hechos *previos de la publicación del libro respectivo y no posteriores*.

Por su parte, el hecho relativo a que la información haya sido difundida previamente de manera ilegal guardó una importancia relevante en el presente caso, debido a que la Procuraduría del Estado, había realizado las indagatorias sin

haber seguido el sigilo correspondiente, dando varias conferencias ante la prensa con las víctimas (entre ellas la demandante), además de haber filtrado la información sobre el expediente judicial respectivo, incluso exhibiendo distintas fotografías de los propios documentos que obraban en autos, motivo por el cual se habían convertido en un hecho notorio, aun cuando la actuación de la fiscalía haya sido notoriamente ilegal, poco ética y nada profesional.

Finalmente en relación al informe psicológico que había ventilado el perfil de la víctima y demandante (del que había tenido acceso la autora del libro), en la sentencia se determinó que no existía una razonable expectativa de confidencialidad, debido a que la propia demandante estaba al tanto de la actividad que desempeñaba Lidia Cacho como periodista, a parte de su actividad como Directora del Centro para la atención de víctimas, razonamiento que me parece un tanto peligroso e inadecuado, ya que argumenta un hecho a partir de la presunción, lo cual no resulta suficientemente razonable. No obstante, a pesar de que la conducta de la periodista haya sido ética o no, se trató de proteger la identidad de la víctima a través del empleo de un seudónimo en el libro y la transcripción de la declaración ministerial que rindió la víctima durante el proceso de investigación del delito.

Considero que existen dos imprecisiones metodológicas graves que disminuyen en gran medida la calidad argumentativa de la resolución apuntada. La primera de ellas es la calidad de persona privada con proyección pública de la demandante, ya que para determinar dicho atributo el Tribunal se allega de pruebas y documentales cuya temporalidad es posterior a la publicación del libro. Es decir, su calidad de persona con proyección pública (y por consiguiente la disminución de intensidad de la protección a su derecho) la adquiere posterior a la publicación del libro y no antes, lo cual provocaría una protección mayor de su derecho a la intimidad.

También existe una contradicción intrínseca en la manera de argumentar cuando se valora la calidad de la información como pública. En principio, se trata de afirmar a través de un silogismo que, la sola presencia de un interés público en la difusión de la información sobre la vida privada de una persona elimina el carácter ilícito o antijurídico de la intromisión en ese derecho de la personalidad. Esto constituye en sí una falacia de petición de principio, ya que bajo este supuesto, no importaría si los datos personales tuvieran la categoría de sensibles (nombre, domicilio, grupo sanguíneo, preferencias sexuales, religiosas, etc.), mientras se trate de información pública, incluso, aún cuando esta se haya obtenido de manera ilegal. Entonces, cualquier ponderación carecería de sentido, ya que no tendría razón valorar la afectación al derecho a la intimidad si no se puede cuestionar el contenido material de la información difundida.

A pesar de lo anterior, considero que la SCJN no deja de valorar el contenido material de la información, ya que al momento de dotar de contenido al derecho a la intimidad, se afirma que la periodista tomó las medidas adecuadas y pertinentes para evitar la identificación de la víctima con la información respectiva. En tal sentido, implícitamente se afirma que, a pesar de que la información constituía datos personales sensibles, el hecho de que no pueda ser identificada debido a la profesionalidad y diligencia con la que actuó la periodista al cubrir el rostro de la víctima en el libro disminuye la afectación a su derecho a la intimidad, aunado a la forma en que la Fiscalía del Estado difundió ese material de manera ilegal poco ético y vulnerando el secreto profesional.

La resolución del Tribunal Constitucional Español dictada el 30 de junio de 2003, por la Segunda Sala, aborda un supuesto fáctico similar al planteado con antelación y deriva de una demanda civil interpuesta por la víctima del delito de violación sexual, Se trata de la publicación en un periódico de circulación local en una comunidad española (Asturias) de dos artículos intitulados: “Un gijonés se enfrenta a 69 años por violar a su hija en varias ocasiones”, siendo el subtítulo del mismo: “El fiscal asegura que la niña fue obligada por el padre mediante

amenazas”; y otro artículo: “Aumentan la pena al gijonés que violó a su hija”; éste último incluía una fotografía del acusado y padre de la víctima, así como las iniciales de ambos. El agravio ocasionado a la demandante consistía en una identificación aproximativa de la víctima en el primer artículo periodístico y otra plena, con la publicación de la fotografía de su padre, aunado al hecho sobre la narración de los acontecimientos que motivaron el delito de índole sexual.

En ambos artículos periodísticos se detallaban las circunstancias y modo en que había sucedido el ilícito, “se iniciaron con ocasión de hallarse el acusado con su esposa y sus hijos en la localidad de Peón y prosiguieron en el domicilio familiar de Gijón, cuando... [padre e hija] se encontraban a solas”. Por otra parte, el segundo artículo anunciaba que el acusado habría cometido el delito durante cuatro años, así como la solicitud de 88 años de cárcel. Anunciando igualmente el estado psicológico de la niña de 16 años, que la habían llevado incluso a la ingesta desordenada de fármacos con propósitos suicidas. Las circunstancias particulares del caso se agravaron debido a tres factores: la minoría de edad de la afectada, las connotaciones del delito sexual con la que es identificada la víctima, así como la publicación de las informaciones simultáneas con la celebración de las audiencias penales.

En primer término, la Sala comienza a través del método de la ponderación a determinar que el objetivo en la sentencia, sería examinar la razonabilidad de la motivación de las decisiones impugnadas, específicamente en torno al conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz y la intimidad personal. Por ende, para ponderar adecuadamente ambos derechos, era necesario determinar la calidad de interés público de la información expuesta. Es decir, si de acuerdo con la propia doctrina del Tribunal Constitucional se justificaba el interés general para la difusión de la noticia.

Para lograr lo anterior, se examinó el contenido publicado en la nota periodística, aunque esta fuese únicamente una reproducción íntegra de lo expuesto en primer término por el fiscal (reportaje neutral), debido a que se habían revelado de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente, a través de difusión de datos como las iniciales de su nombre y apellidos, edad, los apellidos de su padre (presunto agresor), la pequeña localidad donde habrían tenido lugar los hechos, así como la foto de perfil del padre de la víctima (plenamente identificable).⁵⁴⁹

En tal sentido, este reconocimiento permitió el reconocimiento por vecinos y conocidos en la pequeña localidad sobre el crimen del cual fue víctima, significando así la vulneración a su dignidad humana, dadas las características del crimen sexual.⁵⁵⁰ En este sentido, se determinó lo siguiente: “en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público”. Es decir, resultaba irrelevante para efectos de la información que deseaba transmitirse la identificación de la víctima cuando la misma ni siquiera había permitido o facilitado que fuera del conocimiento general su identidad, incluso, cuando la propia autoridad judicial implementó medidas limitativas en la publicidad de las actuaciones judiciales.

Si bien es cierto que el caso anterior tiene diferencias sustanciales con el resuelto por la SCJN, tales como el carácter privado de la demandante (nótese que he realizado una salvedad al respecto) y el sigilo guardado por la autoridad durante el desarrollo del proceso judicial, también es importante destacar que ambos Tribunales no comparten la posición preferente de la libertad de expresión periodística; mientras que la primera Sala de la SCJN se inclina en dar mayor peso en abstracto a la libertad informativa, el TCE prefiere dar el mismo peso a ambos derechos y decidir en igualdad de circunstancias a través de una

⁵⁴⁹ SSTC 127/2003, fundamento jurídico 9.

⁵⁵⁰ En este punto, la Sala reitera el precedente seguido en la STC 185/2002, foja 4.

ponderación, basado en circunstancias particulares, incluso, analizando el contenido material de la información sometida a examen.

3.7 El libre desarrollo de la personalidad y la creación de nuevos derechos: el caso del matrimonio homosexual en México y España

La dignidad humana y libre desarrollo de la persona han estado ligados a temáticas sobre derechos de minorías (homosexuales y transexuales), así como conflictos entre derecho a la intimidad vs derecho a la libertad de expresión, tal y como ha quedado explicitado en el capítulo primero de la presente investigación y en el subtema previamente analizado. El asunto que permitió abrir el debate sobre una posible definición acerca de estos dos principios fundamentales abordó el tema de cambio de sexo por una persona transexual en la ciudad de México.⁵⁵¹

Aquí se definió a la dignidad de la persona humana junto al libre desarrollo como principios y derechos fundamentales, de los cuales se desprendían todos los demás, invocando incluso precedentes de derecho comparado e internacional de los derechos humanos.⁵⁵² En este entonces, el Pleno de la SCJN determinó que era contrario a los principios enunciados, obligar a una persona mantener legalmente un sexo que no sienta propio.

⁵⁵¹ El acto impugnado era la anotación marginal (señalada en el Código Civil para el Distrito Federal) que ordenaron los juzgados civiles en su acta de nacimiento, donde se establecía que había cambiado de identidad, evidenciando de esta forma su condición de transexual a terceras personas, violando así los derechos fundamentales a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, dignidad humana, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud, según los mismos ministros. Hasta la actualidad, el campo de los derechos transexuales está ampliamente explorado por el derecho europeo. Al respecto puede consultarse: MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, "Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico" en *Revista de Derecho Privado*, UNAM-IIJ, nueva época, año VI, núm. 18-20, septiembre de 2007 – agosto de 2008, pp. 47-61. Asimismo, pueden verse los siguientes casos: Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: Christine Goodwin vs. El Reino Unido, I. vs. El Reino Unido, Sheffield y Horsham vs. El Reino Unido.

⁵⁵² DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 8. P. LXV/2009; DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 7. P. LXVI/2009.

... resulta contrario al -libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual- mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su físico a su psique, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a los avances médicos que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada, pues, sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir...

Este precedente fue retomado al momento de resolver el asunto relacionado con la acción de inconstitucionalidad sobre matrimonios homosexuales, motivo del presente apartado, y posteriormente con los amparos promovidos por distintas parejas en contra de la negativa de la autoridad a casarlos en aquellas entidades federativas donde no se contemplaba (el cual ha sido motivo de análisis en la sección 3.2.1 de este capítulo).

Ahora bien, ambos casos que estamos a punto de analizar fueron objeto de diversas impugnaciones por una minoría parlamentaria y el Procurador de la República, respectivamente, a través de acciones abstractas de inconstitucionalidad para determinar que el matrimonio homosexual consagrado por el legislador (en España a nivel federal y en México a nivel estatal -Distrito Federal-), contravenía conceptos contenidos en la propia Constitución. En el caso del texto español, la definición de matrimonio heterosexual como garantía institucional; mientras en el caso mexicano, una definición indirecta del concepto de familia y los conceptos derivados de instrumentos internacionales sobre el matrimonio.

En ambas situaciones se evaluó los derechos inherentes a la institución, tales como la adopción. No obstante, cabe indicar que en este contexto, únicamente el juez mexicano empleó el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la medida adoptada por el legislador, mientras que el TCE empleó una metodología más ortodoxa, incluso, haciendo referencia a la dimensión objetiva de la garantía institucional, es decir, aplicando la teoría interna de los derechos fundamentales. Sin más, comenzaré al análisis de cada una de las resoluciones.

3.7.1 La constitucionalidad del matrimonio y adopción homoparental en la SCJN (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010) y el TCE (STC 198/2012)

En México, el matrimonio homosexual ha sido reconocido por primera vez en el Distrito Federal, a través de su Código Civil, en el artículo 146 de ese dispositivo, así como los derechos subsecuentes de esa unión legal (adopción).⁵⁵³ Esta reforma fue materia de impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta el 16 de agosto de 2010. La sentencia desarrolla cada uno de los agravios planteados por el Procurador General de la República, además de estar redactada en párrafos enumerados, lo cual permite una lectura más fluida y concisa. A continuación, planteo en el siguiente recuadro el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal (materia de impugnación).

Texto anterior	Texto reformado (norma impugnada)
ARTÍCULO 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.	ARTÍCULO 146. Matrimonio es la unión libre de <i>dos personas</i> para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código.

⁵⁵³ Aunque no fue reformado desde el punto de vista formal, el artículo 391, relativo a la adopción, se amplió dentro de los derechos civiles como el que tendría cualquier matrimonio. Por este motivo, aunque no haya sido objeto de reforma, se expone en la decisión (§ 209) que este numeral fue modificado materialmente, por consiguiente, era susceptible de impugnación.

La metodología de análisis de los agravios de la sentencia es a través del modelo americano de principio de proporcionalidad, debido a que se está en presencia de una ampliación a un derecho civil (matrimonio) y no una restricción. No obstante, tengo dudas sobre tal afirmación, ya que el análisis subsecuente realizado es en base al modelo europeo de principio de proporcionalidad. En tal sentido, de acuerdo a ello, la razonabilidad de la norma impugnada se analiza a partir de las siguientes cuestiones (§ 224).

- i) si la *opción elegida* por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y (subprincipio de idoneidad o adecuación)
- ii) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual, el cual estará entonces no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente (test reforzado de principio de razonabilidad).

En primer lugar, se evalúa la idoneidad de la norma impugnada, a partir del principio *in dubio pro legislatore*, aunque esto no se dice de manera expresa, se infiere de la afirmación sobre la finalidad constitucionalmente aceptable, sin exigir una motivación exhaustiva al legislador (§ 216). Luego entonces, la razonabilidad se mide a partir de nociones previas contenidas en la propia Constitución federal, tales como matrimonio y familia, lo cual es motivo de análisis en los siguientes párrafos de la decisión. Al respecto, el concepto de familia en un Estado Democrático de derecho es el respeto a la pluralidad. Asimismo, se afirma lo siguiente (§ 235 y 238).

... el legislador ordinario... está obligado... a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio, es indudable, entonces, que, en el ejercicio de esa labor, no puede dejar de lado que la familia, antes que ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico...

En tal sentido, son importantes las opiniones solicitadas por la SCJN a las distintas Facultades y Escuelas de la UNAM sobre la familia y el matrimonio, en las cuales se apoya para afirmar que la Constitución es un documento vivo, por lo que no puede existir un concepto ideal de familia inmutable o petrificado; situación por la cual el legislador se encuentra habilitado para adecuarlo a la realidad social (§ 242), existiendo así las familias nucleares, monoparentales, extensas o consanguíneas, entre otras.

El problema sobre la definición preexistente sobre matrimonio contenida en los Tratados Internacionales (un hombre y una mujer)⁵⁵⁴, en razón de la protección a la institución de la familia, es resuelta a través de una interpretación pro homine (pro persona y pro libertatis), es decir, en lo que más favorezca a la persona humana, a través de una interpretación extensiva y que este derecho civil no se restrinja de una manera arbitraria o irracional. En tal sentido, los Estados parte de una comunidad internacional, tienen margen de decisión para decidir sobre la ampliación sobre derechos civiles (§ 255).⁵⁵⁵

Respecto a la exigencia que exige el *subprincipio de necesidad*, el Tribunal elabora una pregunta para examinar la medida de la siguiente manera: “¿se inscribe en una medida legislativa constitucionalmente razonable, o bien, se debió limitar a *elegir otras medidas que igualmente lograrán el fin perseguido* por el legislador y atendieran a las diferencias entre ambas parejas que alega el accionante?” (§ 261).

⁵⁵⁴ Los numerales 17 de la CADH, 16 de la DUDH, y 17 del PIDCP, reconocen el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

⁵⁵⁵ Cabe señalar que el proyecto original planteaba un análisis exhaustivo y detallado sobre el derecho y la jurisprudencia comparada sobre la institución del matrimonio homosexual en otros países. Desde mi perspectiva, era ociosa su inclusión en el proyecto, toda vez que se trataba más allá de un análisis, de una enunciación sobre la normativa comparada y pronunciamientos sobre los principales Tribunales Constitucionales e Internacionales en el mundo sobre esta temática.

Para responder esta cuestión, se alude a dos principios fundamentales como la dignidad humana y libre desarrollo de la persona, surgidos del precedente de cambio de sexo,⁵⁵⁶ los cuales configuran el derecho civil a contraer matrimonio. En este sentido, el reconocimiento de los derechos homosexuales se logra a través del reconocimiento de figuras jurídicas que protegen las uniones de personas con preferencias sexuales distintas a las tradicionales, como es el caso de la medida legislativa motivo de impugnación, ya que ésta tiene una protección jurídica reforzada frente a cualquier otro vínculo o forma de convivencia (§ 272).

Por estos motivos, se determinó que la medida legislativa tomada por el legislador (norma) era adecuada y constitucionalmente legítima para alcanzar el fin propuesto (adecuación), al igualar las uniones heterosexuales y homosexuales, a través de una tutela reforzada como lo es la figura jurídica del matrimonio, con el fin de formar una vida en común y adquirir obligaciones entre sí, así como derechos derivados de este vínculo (§ 275).

Existió un pronunciamiento sobre el reconocimiento del matrimonio homosexual en otras entidades federativas. No es materia del presente análisis, ya que hace alusión al conflicto de competencias, pero no en base a la proporcionalidad o razonabilidad, más bien, se limita a realizar una interpretación funcional de la norma que regula el reconocimiento de los actos civiles celebrados en cualquier Estado de la República, declarando por consiguiente infundado este concepto de violación.

Por su parte, la impugnación sobre la posibilidad de adoptar como un derecho de familia estuvo sustentada en el daño que pudieran ocasionar las parejas homosexuales al normal desarrollo psicosexual de los niños adoptados (§ 308 y 309), en relación con otros infantes cuyos padres fueran heterosexuales. Para resolver esta cuestión, se realiza un análisis del principio de igualdad con base en la proporcionalidad, al determinar que no es constitucionalmente

⁵⁵⁶ Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno de la SCJN.

admisible prohibir la adopción por parte del matrimonio homosexual por el simple hecho de su preferencia sexual (prohibición de discriminación contenida en la propia Constitución Federal) lo cual se encuentra fundamentado en las distintas opiniones técnicas emitidas por especialistas que fueron consultados por el propio Tribunal (§ 314 y 315).

Asimismo, se determinó que la finalidad constitucionalmente legítima perseguida para alcanzar el interés superior del menor se logra a través de un sistema de adopción que garantice que el adoptado se desarrollará en un ambiente que represente su mejor opción de vida, para lo cual el Estado, deberá procurar un sistema que valore cuidadosamente cada supuesto normativo y acorde al material probatorio presentado por los solicitantes (§ 327).

Este último razonamiento me resulta un tanto escueto, toda vez que se evade el conflicto de fondo: la demostración sobre si la afectación a los menores (interés superior) educados por parejas homosexuales puede resultar afectada; esto únicamente puede hacerse mediante las opiniones de expertos que se encuentren apoyadas en argumentos científicos. Esta inquietud fue esbozada en el voto concurrente del Ministro Arturo Zaldívar, a través de un planteamiento interesante basado en el test de escrutinio estricto que emplea la CSEU.⁵⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, para que exista un trato diferenciado deben existir razones que lo justifiquen, es decir, evidencia científica que apoye el trato desigual ante un mismo hecho o situación (prohibición de no adopción). En tal

⁵⁵⁷ Existe igualmente un voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano sobre el mismo punto (demostración en la afectación del interés superior del menor), pero en sentido contrario. El autor (con independencia del innecesario análisis histórico-gramatical realizado) criticaba la evidencia científica aportada por especialistas de la UNAM, debido a que las muestras en las que se basaba el estudio respectivo no eran contundentes y respondían a las necesidades de otros países (principalmente europeos) donde la cultura y tradiciones son totalmente ajenas a la mexicana. En tal sentido, acude a los datos de la Asociación Psicológica Americana para determinar que la población homosexual sufre en mayor proporción desajustes psicológicos relacionados con el estrés, respecto de los individuos heterosexuales, como consecuencia del prejuicio y discriminación generalizados; mismo estudio donde se reconoce que los menores educados por madres homosexuales se encuentran más expuestos a situaciones de estrés.

sentido, de acuerdo a la evidencia empírica (conocimiento científico) se puede demostrar que los niños educados por parejas homosexuales no son afectados en su normal desarrollo psicosexual, tal y como constaba en los propios documentos aportados por expertos consultados en el expediente analizado.

Por otra parte, el matrimonio homosexual en España fue declarado constitucional por el Pleno del TCE 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. La hipótesis normativa es similar a la planteada en el caso mexicano: se trata de la modificación al Código Civil español en materia de matrimonio, respecto de la Ley 13/2005, interpuesta por el Partido Popular español. El texto impugnado añadió un párrafo al numeral 44 del referido ordenamiento para quedar como sigue.

CAPÍTULO II

De los requisitos del matrimonio

Art. 44.

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El caso presentado es muy similar al resuelto por la SCJN, aunque con ciertas variaciones. La primera de ellas, es que se trata de una adición normativa y no una reconceptualización de una institución. Otra diferencia sustancial es que en la Constitución Española (art. 32) se encuentra de manera expresa la garantía institucional del matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer, distinguiendo claramente esta última parte.

El análisis de las pretensiones del recurrente se realiza con base en una metodología sobre una dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es decir, definiendo la institución del matrimonio desde el contenido esencial de la garantía institucional. En primer término, se analiza finalidad legítima perseguida

por la norma en cuestión. En segundo lugar, estriba en determinar si esta misma finalidad es constitucionalmente admisible, dado que la única definición que brinda sobre el matrimonio la CE es la unión entre un hombre y una mujer. Es decir, si la reforma en cuestión introduce límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (FJ 6).

Los fundamentos de la decisión se basan en una interpretación constitucional “evolutiva” de la institución del matrimonio contenida en el artículo 32 de la CE, ya que, si bien es cierto que en un principio el Constituyente pretendía la igualdad entre el hombre y la mujer en derechos y obligaciones, esta situación ha evolucionado para actualizar dicha institución acorde a las exigencias y realidades sociales vigentes como una fuente del derecho, sin que signifique otorgarle a ésta fuerza normativa directamente (FJ 9).

Para explicar esta evolución normativa el juzgador acude al derecho comparado, con el fin de determinar cuan integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en la cultura jurídica española, acudiendo para ello a los elementos que sirven para conformar esa cultura. Al respecto, citan leyes nacionales y locales de países como Bélgica, Países Bajos, EU (algunos Estados), Canadá, Sudáfrica, Ciudad de México, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, entre otros más.

Ahora bien, la idea recogida por el artículo 12 de la CEDH, respecto de la idea del matrimonio entre un hombre y una mujer, no implica que los Estados se encuentren obligados a abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que forma parte del dominio reservado de los Estados decidir si lo reconocen o no. Al respecto, es citado el precedente *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, donde se estableció que, en ocasiones las “legislaciones nacionales reconocen vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia, a partir de una concepción plural del mismo (§ 60).

Asimismo, los argumentos de la sentencia se apoyan en evidencia empírica consistente en investigaciones sociológicas sobre la percepción social de esta institución en España, derivados de diversos análisis estadísticos publicados por organismos oficiales europeos y nacionales. Se concluye entonces que la garantía institucional del matrimonio escogida por el legislador se encuentra dentro del margen de apreciación que la propia CE reconoce en el numeral 32.

Posteriormente se llevó a cabo el análisis respecto al derecho a contraer matrimonio como derecho constitucional, a la luz de preservar su contenido esencial frente a la libertad del legislador. En el entendido que dicha libertad se “limita a asegurara la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no asegura a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro”.

A pesar de lo razonado en el párrafo previo, el razonamiento anterior concluye afirmando que no se trata de la “ampliación del elenco de titulares de un derecho individual”, sino una modificación de las formas de su ejercicio; argumento que de mi perspectiva evade el problema de fondo de la cuestión planteada, limitándose desde una perspectiva de la teoría interna de los derechos fundamentales al tratar de definir el contenido objetivo del derecho, pero sin estudiar de manera exhaustiva la razonabilidad de la medida legislativa.

Bien es cierto que párrafos más adelante se fundamenta lo anterior a partir del reconocimiento del libre desarrollo de la persona, dignidad e igualdad jurídica, al ampliar el derecho a contraer matrimonio para las personas homosexuales, también es importante referir el argumento tendiente a legitimar la constitucionalidad de la norma debido a que el contenido de la institución del matrimonio heterosexual se dejó intocada por el legislador en esta reforma.

Respecto de la impugnación concerniente al derecho de adopción por parejas homosexuales, se determinó que el interés superior del menor se tutela en función al escrutinio al que se somete a los adoptantes con independencia de su orientación sexual, por lo que depende de cada caso concreto decidir sobre la adopción de menores. Sobre este punto fue citado el precedente dictado por el TCE y ratificado por la CEDH de 30 de noviembre de 2010, “lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial... deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE.”⁵⁵⁸

La sentencia analizada fue aprobada por mayoría de 8 votos, contando con 3 votos particulares y uno concurrente a la opinión mayoritaria sostenida en el proyecto. El argumento discrepante más constante fue sobre la garantía constitucional del matrimonio en relación con la reforma impugnada, la cual, de acuerdo a los Magistrados disidentes, debió haber sido motivo de reforma constitucional y no de decisión judicial.

Desde mi perspectiva, el voto más interesante lo formula el Magistrado Manuel Aragón Reyes, criticando la metodología de la sentencia al momento de realizar la interpretación constitucional evolutiva para deducir el contenido esencial de la garantía institucional del matrimonio. Principalmente, se reprocha la falta de exhaustividad, al no responder el planteamiento sobre si la medida legislativa adoptada era la más idónea y constitucionalmente admisible, respetando en todo momento la voluntad del Constituyente, sin llegar a afirmar que no fue descartada por el mismo (supliendo así la voluntad del legislador).

⁵⁵⁸ El asunto versó sobre el derecho de visitas de un menor con su padre transexual. STC 176/2008, 22 de diciembre de 2008 (FJ 7) y SCEDH: P.V c. España, 30 de noviembre de 2010.

De acuerdo al voto concurrente aludido (y el cual comparto plenamente), se debió realizar una interpretación sobre el núcleo o contenido esencial de la garantía institucional del matrimonio, a fin de determinar que de acuerdo a la conciencia social actual y para la cultura jurídica contemporánea, la heterosexualidad de la pareja no es un elemento indispensable del mismo, motivo por el cual la norma no podía declararse inconstitucional por el juzgador.

Acorde a lo planteado, las resoluciones sobre matrimonio homosexual recurridas en ambos países guardan similitudes, pero también diferencias esenciales. La primera de ellas es la categoría que guarda en la CE la institución del matrimonio, es decir, como una garantía institucional, pero también como un derecho constitucional no tutelable mediante el amparo. Ante esta disyuntiva y haciendo un ejercicio hermenéutico de imaginación, esta circunstancia cambia el panorama por completo para el juzgador, ya que la tensión entre la supremacía constitucional y el respeto a la voluntad del constituyente permanente es más intensa. Incluso, en México se han comenzado a conceder amparos bajo el argumento de que los Códigos Civiles de varios Estados contienen una cláusula sospechosa (matrimonio heterosexual) ordenando una interpretación conforme a la autoridad administrativa sobre los conceptos mujer y hombre.⁵⁵⁹

Bajo este contexto, me pregunto que hubiera resuelto el juzgador mexicano si la CPEUM estableciera una definición previa sobre matrimonio. Es cierto, por una parte, que esta cuestión se analizó al momento de invocar los Tratados Internacionales (que sí contienen una definición previa) se resolvió alegando de que no se puede obligar a un Estado a definir una institución ni a reconocer determinadas categorías de matrimonio; asimismo, se alude a la voluntad del Constituyente, en el sentido de actualizar el contenido del texto respecto del vocablo familia (§ 249-250). Sin embargo, este razonamiento no deja de ser formal, ya que se limita a realizar una interpretación teleológica de la norma al señalar que ese ámbito pertenece al dominio reservado de los Estados.

⁵⁵⁹ Este asunto ha sido analizado previamente en el apartado III.1 del presente capítulo.

Mi punto es el siguiente, qué pasaría si por un intento de frenar las uniones matrimoniales homosexuales el Constituyente permanente elaborara una reforma constitucional (a la que tanto se acude cuando se desea realizar una transformación estratégica) que contemple los mismos supuestos de los Tratados Internacionales (CADH y PIDCP), elevándolo incluso a la categoría de derecho fundamental al matrimonio, para definirlo como la unión entre un solo hombre y una mujer, tal y como existe en muchas entidades de la República, y al mismo estilo que lo contempla la CE.⁵⁶⁰

Reitero, este es un mero ejercicio intelectual, pero no se encuentra alejado de lo que ha sucedido en realidad. En alguna ocasión el Tribunal Constitucional mexicano declaró inconstitucional el arraigo; pero años después, el mismo fue constitucionalizado a través de una reforma que permite su implantación, incluso, por un periodo hasta de 80 días en casos de delincuencia organizada, sin juicio previo y sin respetar el debido proceso o la presunción de inocencia.⁵⁶¹ El hecho de que la Constitución contemple o no la garantía institucional del matrimonio es importante, pero no es óbice para que el Tribunal, en ejercicio de la defensa a la supremacía constitucional, respete la voluntad soberana de los Estados en la ampliación de los derechos fundamentales, así como en el ejercicio de un auténtico federalismo.

El ejercicio hermenéutico del juez no debe limitarse a encontrar recetas sencillas, como la existencia de conceptos a priori o la resolución de conflictos a partir de las reglas sobre jerarquía de leyes. El razonamiento debe ser más sofisticado y debe encontrarse encaminado a optimizar principios constitucionales, así como de garantizar su contenido esencial ante una legítima ampliación por el

⁵⁶⁰ Al momento de iniciar la presente Tesis Doctoral existían un poco más de 400 reformas constitucionales. Al día de hoy, hay más de 550.

⁵⁶¹ ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1170. P. XXII/2006.

legislador democráticamente electo, con independencia de los vaivenes legislativos u ofuscaciones ocurridas en un momento político determinado.

Por consiguiente, el análisis contenido en la sentencia debió haber aclarado esta parte, ya que circunscribe la aplicación del principio pro persona y pro libertatis, para realizar una interpretación extensiva del vocablo familia contenido en la CPEUM, por encima del contenido en los Tratados Internacionales, pero sin examinar la ampliación de un principio fundamental como es el libre desarrollo de la persona al consagrar el matrimonio homosexual por un legislador local. Dicho en otras palabras, la posibilidad que una legislatura local pueda ampliar el contenido esencial de un derecho y una garantía institucional (el matrimonio).⁵⁶²

La réplica a este argumento puede darse desde una visión normativa, ya que se trata de una reforma al Código Civil y no de una Constitución local, sin embargo, este mismo planteamiento ha sido realizado con las reformas que han despenalizado el aborto en el Distrito Federal bajo ciertos supuestos. Se trataba evidentemente del derecho a la vida del producto de la concepción, frente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, aunque el legislador únicamente contempló inicialmente la reforma a un Código Penal. La constitucionalización de la totalidad del ordenamiento jurídico es un fenómeno inminente ante el cual están expuestos la mayoría de los sistemas normativos en el Neoconstitucionalismo. Soslayar esta dimensión a través de argumentos de autoridad (la Constitución Federal no define el matrimonio, pero sí familia) me parece una salida muy fácil, pero también peligrosa, pues dejamos esta difícil labor de definir el contenido esencial de los derechos y garantías institucionales al legislador, quien puede disponer entonces del mismo, acorde a las necesidades políticas en turno.

⁵⁶² En la sentencia hace referencia en dos ocasiones al matrimonio como un derecho civil, pero nunca como una garantía institucional o como un derecho constitucional, a pesar de que en la actualidad, e incluso ante de la reforma constitucional los Tratados Internacionales tutelaban la institución de la familia y del matrimonio de manera expresa. En tal sentido, se pudo haber reconocido al matrimonio su doble dimensión: como derecho y como garantía debido a que en México existe el reconocimiento de los Tratados Internacionales como parte del derecho interno desde el año 1999; posteriormente, la incorporación expresa sería a partir de la reforma constitucional de 2011.

CAPÍTULO 4

OBSTÁCULOS Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

El presente capítulo tiene como finalidad plantear los obstáculos y retrocesos que ha tenido el principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa para limitar o restringir los derechos fundamentales, empleado por la SCJN. Presentaré varios asuntos difíciles que plantean desafíos conceptuales y metodológicos significativos para el Tribunal Constitucional mexicano, que a pesar de ello, migra hacia criterios orientados a la lógica formal, alejándose de esta manera de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Siguiendo este hilo conductor, demostraré que la consolidación de la ponderación depende directamente del conocimiento de los operadores jurídicos sobre la técnica argumentativa, pero también de una teoría de los derechos fundamentales. En el capítulo anterior presenté la recepción que ha tenido el principio de proporcionalidad en algunas materias trascendentales relacionadas con valores superiores del ordenamiento jurídico. En esta ocasión demostraré que a pesar de esa recepción, aún existen obstáculos metodológicos serios para su implementación, mediante el estudio analítico de la jurisprudencia española, de la CIDH, así como del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

He procurado la simetría del presente capítulo con la del anterior, siguiendo para ello la misma línea temática a través de la selección de casos relacionados con los principios de igualdad, derecho a la vida, dignidad humana y libre desarrollo de la persona. La metodología de análisis en cada uno de ellos será la misma empleada previamente; asimismo, realizaré énfasis en las variables detectadas en la argumentación empleada de las resoluciones seleccionadas, con el objeto de demostrar mi tesis sobre los obstáculos en la recepción del principio de proporcionalidad por el Tribunal mexicano.

Los derechos precisan de una adecuada defensa, por ello, a manera de preámbulo, enfatizo la nueva concepción sobre el derecho a la tutela de justicia efectiva por la SCJN en esta última época, ya que éste constituye la piedra angular de cualquier Estado Constitucional democrático; asimismo, identifico los nuevos elementos bajo los cuales se configura la dimensión sustantiva de este derecho fundamental a partir del principio de proporcionalidad.

Con el objeto de ilustrar esta visión formal del derecho de acceso a la justicia, ejemplifico esta situación a través del precedente relacionado con la persecución de los crímenes políticos del pasado en el Estado mexicano, caso conocido como “El Halconazo”, perpetrado durante los años setenta en contra de estudiantes en la ciudad de México. Analizaré el caso concreto a partir del asunto *Almonacid Arellano c. Chile*, resuelto por la CIDH, a raíz de la denuncia interpuesta por varias personas en contra de la Ley que les otorgaba amnistía a los participantes de los crímenes cometidos por el Estado durante la dictadura de Pinochet.

Posterior a ello, entraré a fondo al análisis de los casos correspondientes a los valores seleccionados previamente en el capítulo anterior. El primer asunto aborda el tema del fuero militar a la luz del principio de igualdad, en relación a la interpretación del Código de Justicia Militar concerniente sobre la competencia en la persecución de los delitos cometidos en conexión con la “disciplina militar”; el cual fue objeto de sentencia por la CIDH ante la negativa de la propia SCJN de admitir un recurso que impugnaba la competencia de las autoridades castrenses para perseguir un presunto delito cometido por militares.

En la tercera sección planteo el segundo caso de aborto, concerniente al derecho a la vida del producto de la concepción y su colisión con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Para ello, he seleccionado dos asuntos muy similares, la despenalización del aborto en el Distrito Federal, y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que plantea una hipótesis similar a la del

caso mexicano (despenalización del aborto dentro de los primeros tres meses de gestación).⁵⁶³

En adición a lo expuesto en el párrafo que antecede, incluyo el análisis de las leyes antiaborto, de acuerdo a la metodología seguida por el Tribunal mexicano en la sentencia dictada en el caso descrito arriba. Cabe aclarar que la crítica se encamina a demostrar la deficiente metodología para resolver el problema de los dos principios en conflicto, más allá de tomar una postura en concreto sobre alguno de los valores, debido que es donde reside el problema de fondo: la necesidad de confrontar adecuadamente ambos derechos, sin soslayar el aspecto ético que implica la propia decisión.

En la cuarta sección realizo un estudio sobre la dignidad humana, especialmente sobre la colisión entre el derecho a la intimidad ante la libertad informativa. Se trata de dos casos emblemáticos y trascendentales para ambos Tribunales (español y mexicano), ya que, dada su relevancia periodística, se trata de personajes de relevancia pública y el contenido informativo fue bastante controvertido en su momento.

En primer término estudio el caso Martha Sahagún, esposa del Ex presidente mexicano Vicente Fox, a raíz de la publicación de un artículo en una revista de divulgación política sobre la anulación de su anterior matrimonio eclesiástico. A su vez, planteo un caso con similitudes fácticas resuelto por el TCE, se trata de la demanda interpuesta con motivo del reportaje de Francisco Rivera Pérez, conocido con el “Paquirri”, torero en España y ex esposo de Isabel Pantoja (una reconocida cantante española), el cual murió en una plaza de toros y

⁵⁶³ Cabe aclarar lo siguiente. En un principio había seleccionado el caso español que plantea casi el mismo supuesto normativo que el mexicano (aborto sin causa); sin embargo, la decisión no ha sido tomada aún por aquel órgano. Incluso, recientemente existe un proyecto de Ley para anular los supuestos que la misma planteaba, pendiente de resolución por el Congreso de aquella nación. Al respecto:

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/20/actualidad/1387544028_883233.html

cuyo reportaje transmitió un video sobre la agonía de su ex esposo a raíz de una corneada sufrida durante una tarde de corrida.

Finalmente se realiza un estudio sobre el libre desarrollo de la persona, a través de dos asuntos relacionados con el uso legítimo y racional de la fuerza pública. Se trata de la obtención de pruebas ilegales en los procesos penales, así como la actuación de la autoridad investigadora y el examen de estas pruebas a través del test de razonabilidad, reconocido por el TCE, en consonancia con el canon seguido por la Corte Suprema de Estados Unidos. Sentado lo anterior, iniciaré con la primera sección de este capítulo concerniente a la tutela de justicia efectiva como un derecho sustantivo y autónomo.

4.1 El derecho a la tutela de justicia efectiva como principio fundamental del debido proceso a partir del principio de proporcionalidad

El acceso a la justicia ha sido una de las asignaturas pendientes con mayor demanda en el Estado mexicano. En el plano internacional existe una fuerte exigencia para satisfacer este derecho fundamental, ya que el Estado mexicano ha sido condenado en seis ocasiones a través de distintas sentencias emitidas por la CIDH por vulnerar este derecho fundamental, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, contenida en su numeral 25.⁵⁶⁴

En este contexto, dos de los elementos de este derecho son la accesibilidad y efectividad del mismo. Esto se refiere a que el justiciable tenga acceso al recurso y que el Tribunal competente tenga las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían

⁵⁶⁴ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

sido violados.⁵⁶⁵ El requisito de accesibilidad se traduce en la dimensión institucional,⁵⁶⁶ mientras que la efectividad, se refiere que el legislador, en ejercicio del principio de reserva de ley, es el único legitimado para establecer las limitaciones o restricciones que considere convenientes, siempre y cuando, éstas respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, así como el contenido esencial del derecho en cuestión.⁵⁶⁷

De acuerdo con lo anterior, la tutela de justicia efectiva permite a los justiciables el acceso a las instituciones, así como contar con recursos que les permitan impugnar entablar una acción ante los Tribunales competentes, es decir, no debería ser reducido al cumplimiento de requisitos formales, acorde a las leyes procesales respectivas para ejercitar la defensa de un derecho sustantivo. Durante décadas, por ejemplo, se pensó que la interpretación que se realizaba en torno a las causales de improcedencia en el juicio de amparo, específicamente aquellas relacionadas con el interés jurídico, al no permitir la entrada de acciones colectivas, eran acordes al derecho de acceso a la justicia contenido en la CPEUM.

En la actualidad, el panorama ha cambiado visiblemente, no solamente por las reformas a la Ley de Amparo, que amplían el abanico de posibilidades, así como la incorporación del derecho internacional de los Derechos Humanos al ámbito interno, sino por el cambio de paradigma desde la mentalidad judicial hacia una visión más garantista del derecho de acceso a la justicia. El cambio consiste en la modificación del criterio por el cual se mide una afectación de derechos humanos, abriéndose la puerta al “interés legítimo” y superando la anticuada concepción de “interés jurídico”, propia de ciertos litigios, pero no para la

⁵⁶⁵ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Pár. 102-103.

⁵⁶⁶ LUHMANN, N., *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)*, Universidad Iberoamericana-Oak Editorial, México, 2010, p. 311.

⁵⁶⁷ Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.

generalidad de casos,⁵⁶⁸ tales como la afectación a los derechos de los consumidores, o al medio ambiente, por ejemplo.

Esta concepción permite demostrar al actor el interés en una acción procesal, a partir de la afectación directa a un derecho reconocido por el orden jurídico, o bien, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho, pero sí la situación jurídica. En este sentido, el concepto de interés legítimo es un concepto abierto, dinámico, que permite decidir a los jueces, en casos concretos, si se está o no en presencia de un acto de autoridad que implique una violación constitucional o a los derechos humanos.

Tradicionalmente, el contenido del derecho al debido proceso adjetivo o formal consiste en tener acceso formal y material a la justicia. Esto guarda relación con los requisitos de accesibilidad y efectividad de los recursos judiciales. Por una parte, accesibilidad (relacionado con la dimensión institucional del derecho); y la efectividad, con la existencia de recursos judiciales sencillos, efectivos e idóneos. Se entiende por efectividad, el hecho de que exista en el Estado no solamente un recurso judicial, sino que éste debe ser efectivo para la protección de los derechos sustantivos,⁵⁶⁹ como establece el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, éste debe satisfacer el requisito de idoneidad y proveer lo necesario para remediarla.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las

⁵⁶⁸ Vid. Cruz Parceró, Juan Antonio, "El problema del uso de conceptos jurídicos y su repercusión práctica: un ejemplo de la jurisprudencia en México", en *El Lenguaje de los derechos (Ensayo para una teoría estructural de los derechos)*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 175-207. Ver también: *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004.

⁵⁶⁹ SCIDH: Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), Pár. 136.

instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.⁵⁷⁰

En este contexto, los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.⁵⁷¹

Cualquier acto u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo o sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal y permitirle a los Estados no aplicar las garantías contenidas en el artículo 8 de la CADH en el caso de sanciones disciplinarias y no penales, equivaldría dejar a su voluntad la aplicación del derecho de toda persona a un debido proceso.⁵⁷² Es decir, aplica para todos aquéllos Tribunales que ejerzan una función de naturaleza materialmente jurisdiccional.

4.1.1 La tutela judicial efectiva: sus limitaciones en la jurisprudencia mexicana

La Primera Sala de la SCJN ha definido la garantía a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas

⁵⁷⁰ SCIDH: Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, supra nota 8, Pár. 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, supra nota 83, Pár. 23.

⁵⁷¹ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, cit., supra nota 83, Pár. 24.

⁵⁷² Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs, Panamá) Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas).

formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.⁵⁷³

En sintonía con lo anterior, el acceso a la justicia debe ser efectivo, Tribunales inferiores han establecido acerca de su interpretación, en consonancia con las exigencias del artículo 25 de la CADH, así como la interpretación que ha hecho del mismo la CIDH. Al respecto, este último órgano jurisdiccional determina que no basta la existencia del recurso judicial contra actos violatorios de derechos, reconocidos por la legislación interna, sino “que sea capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; en otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, pues éste, debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida.”⁵⁷⁴

Dicho lo anterior, existen una vertiente formal y otra material del derecho fundamental en cuestión. La primera, hace referencia a “la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento; desde luego que ello no significa que necesariamente se resolverá en forma favorable a los intereses del justiciable, sino sólo en los casos que en derecho proceda.” Por otro lado, el aspecto material “se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones y,

⁵⁷³ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro No. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.

⁵⁷⁴ ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. Registro No. 159 900. [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1053. I.4o.A. J/103 (9a.).

especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes.”⁵⁷⁵

Sobre la efectividad, en el Caso Castañeda resuelto en contra del Estado mexicano (respecto de este derecho fundamental) se determinó que la misma consiste en brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos del precepto que regule procesalmente el derecho en cuestión.⁵⁷⁶ La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”⁵⁷⁷

En resumen, son tres los requisitos exigidos por la jurisdicción internacional: la sencillez, la efectividad y la idoneidad, según se desprende de una interpretación sistemática de los dispositivos internacionales 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entendiendo por sencillez, la ausencia de trabas u obstáculos procesales *innecesarios, inadecuados o desproporcionales*, que dificulten el ejercicio del derecho en cuestión. Por efectividad, la posibilidad real de interponerlo. Y por idoneidad, que institucionalmente, exista el recurso en la legislación respectiva.

⁵⁷⁵ DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA. Registro No. 162 163. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1105. XXXI.4 K.

⁵⁷⁶ SCIDH: Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Pár. 191; Caso del Pueblo Saramaka, supra nota 6, Pár. 177; y Caso Yvon Neptune, supra nota 19, Pár. 77. Vid. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia Opinión Consultiva OC-9/87, cit., Pár. 24.

⁵⁷⁷ Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, Pár. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Pár. 192; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Pár. 131.

Acerca de este último subprincipio, el Estado mexicano ha sido condenado ante la CIDH por violar éste, ya que no existía en la legislación mexicana, un recurso judicial idóneo mediante el cual los particulares pudieran impugnar la inconstitucionalidad de una norma electoral que pretendía el actor, solamente existía el Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano (que no contemplaba la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de normas electorales) y el juicio de amparo (que establece de manera expresa la improcedencia contra cualquier acto material o formalmente electoral).⁵⁷⁸

Ahora bien, la existencia de límites o restricciones a este derecho fundamental debe ser acorde, en primer término, al principio de reserva de ley, que otorga potestad o facultad exclusivamente al legislador para establecer las leyes que regulen el derecho en cuestión, ya sea en cuanto lo relacionado a los plazos, límites, lo cual “responde a la exigencia razonable de ejercer la acción en lapsos determinados, de manera que, de no ser respetados, podría entenderse caducada, prescrita o precluida la facultad de excitar la actuación de los tribunales, lo cual constituye un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.”⁵⁷⁹

No obstante, el ejercicio de esta facultad por el legislador, debe respetar las exigencias de los *principios de razonabilidad y proporcionalidad*, respetando el contenido esencial del mismo, tal y como lo ha sostenido la Primera Sala del máximo órgano judicial del país. Siendo esto:

⁵⁷⁸ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., Pág. 107-133.

⁵⁷⁹ ACCESO A LA JUSTICIA. LA FACULTAD DE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS RAZONABLES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL LEGISLADOR. Registro No. 160 015; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 62. 1a./J. 14/2012 (9a.).

no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.”⁵⁸⁰

Lo anterior ejemplifica el empleo del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa para justificar las limitaciones o restricciones al derecho a la tutela de justicia efectiva, respetando en todo momento su contenido esencial, y de acuerdo a las variantes de los principios pro homine y pro actione, en aras de permitir una interpretación flexible de los derechos humanos. Es decir, este derecho puede ser limitado, en aras de satisfacer (ponderación) otros Derechos Fundamentales (principios de defensa, igualdad de las partes, contradicción e igualdad jurídica en la aplicación de la ley).

De tal manera que el legislador no puede crear obstáculos irrazonables o desproporcionados que impidan a las partes afectadas por un acto procesal, acceder de inmediato a una segunda instancia. Asimismo, los Jueces y tribunales tienen el deber de aplicar e interpretar las disposiciones legales que regulan los recursos, en la forma más favorable a su admisión, ya que el acceso a éstos, se rige por los mismos principios del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que constituyen la continuación del proceso.”⁵⁸¹

⁵⁸⁰ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro No. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.

⁵⁸¹ ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro No. 162 250. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 997. I.7o.C.66 K.

Asimismo, la interpretación del derecho de acceso a la justicia no está completa sin el empleo del *principio pro actione*, el cual es una derivación del principio pro homine.⁵⁸² Este principio ha sido empleado por el PJJ en aras de optimizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, al momento de “interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción).”⁵⁸³

Asimismo, a perseguir la ratio de la norma, a fin de evitar que los “formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.”⁵⁸⁴ Esto implica la ponderación de los grados de afectación de los actos en los que pudiesen incurrir las partes, de

⁵⁸² PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO. Registro No. 2 001 717. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1945. I.4o.C.12 C (10a.).

⁵⁸³ PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO. Registro No. 2 002 600; [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3; Pág. 1829. I.3o.C. J/4 (10a.); TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE O FAVOR ACTIONIS. INTERPRETACIÓN DE LA QUE DEBE PARTIR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PARA RESPETAR ÉSTE Y LOS PARÁMETROS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES DE AQUÉLLA, RESPECTO DE LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO, PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 56, FRACCIÓN VII Y 57, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN. Registro No. 2 003 187; [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3; Pág. 2167. IV.2o.A.34 A (10a.).

⁵⁸⁴ JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. SI LA SALA FISCAL ADVIERTE UNA INSUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL ACTOR HACE VALER CUESTIONES ATINENTES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA, AQUÉLLA DEBE ANALIZAR LOS ARGUMENTOS QUE PERSIGAN UNA DECLARATORIA DE NULIDAD LISA Y LLANA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, ATENTO AL PRINCIPIO PRO ACTIONE Y AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Registro No. 164 461; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Junio de 2010; Pág. 765. I.4o.A. J/82; INCIDENTE DE FALTA DE PERSONALIDAD. SU IMPULSO PROCESAL INTERRUMPE EL TÉRMINO PARA QUE OPERE LA CADUCIDAD EN EL JUICIO PRINCIPAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V, DEL ARTÍCULO 29 BIS, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE JALISCO). Registro No. 160 849; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 831. 1a./J. 93/2011 (9a.).

acuerdo a las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso la voluntad del actor, de acuerdo a los hechos que exprese en su escrito inicial,⁵⁸⁵ y con mayor razón, cuando se trata de cuestiones que afectan la libertad personal, por ejemplo.⁵⁸⁶

De acuerdo a lo expuesto con antelación, el derecho fundamental de acceso a la justicia debe cumplir con los requisitos de sencillez, efectividad e idoneidad. Asimismo, el legislador es el único legitimado para regular su ejercicio, en cumplimiento del principio de reserva de ley. En este sentido, la interpretación de las normas que regulan la interposición de recursos deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Lo anterior implica el empleo de los subprincipios pro homine y pro actione en materia de Derechos Humanos. Es decir, favoreciendo en todo momento la acción de la persona e interpretando lo que lesione en menor medida el derecho fundamental del actor, especialmente cuando se trate de causales de improcedencia que impliquen por sí mismas formalismos que obstaculicen la adecuada finalidad de las normas o restrinjan de manera desproporcional el derecho en cuestión.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ VÍA. BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ES UN PRESUPUESTO PROCESAL SUBSANABLE POR EL JUZGADOR. Registro No. 2 002 432; [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1190. I.3o.C. J/2 (10a.).

⁵⁸⁶ ORDEN DE REAPREHENSIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE EN SU CONTRA. Registro No. 166 345; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; Pág. 258. 1a./J. 55/2009.

⁵⁸⁷ ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro No. 162 250; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 997. I.7o.C.66 K.

4.1.2 La negativa de ruptura con el formalismo jurídico: la persecución de los crímenes políticos del pasado y la negativa al derecho a la tutela de justicia efectiva

Todavía existen muchas reticencias y obstáculos para transformar el derecho a la tutela de justicia efectiva en un auténtico derecho sustantivo, acorde a los estándares expuestos en la sección anterior, y dejar la anticuada visión adjetiva del mismo, esto sólo demuestra la adhesión hacia un modelo formalista de derechos, que no permite confrontar los principios o valores en conflicto. Ejemplo de lo anterior lo constituye la persecución de los crímenes políticos del pasado, negando en consecuencia el acceso a la justicia a las víctimas, así como la posible reparación de los daños cometidos por el Estado.

Uno de los bonos democráticos de legitimación política de la transición política mexicana en el año dos mil, fue la promesa de persecución de los crímenes políticos del pasado. El gobierno creó una Fiscalía especializada para perseguir y castigar los crímenes cometidos por el Estado durante los años sesenta y setenta principalmente como consecuencia de la guerra sucia en contra de los disidentes políticos. No obstante, a pesar de las averiguaciones y acusaciones sostenidas ante los jueces para acusar a los funcionarios involucrados en los mismos delitos (militares, un Secretario de Gobernación y hasta un ex presidente), el Poder Judicial de la Federación se negó llevar a cabo las acusaciones correspondientes.

El argumento total del debate se centra en una formulación muy sencilla: el principio de seguridad jurídica (prohibición de no retroactividad de las leyes penales) ante la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ante esta disyuntiva la SCJN ha preferido evadir el fondo del asunto y zanjar el debate mediante la aplicación estricta del principio de seguridad jurídica sobre ciertos servidores públicos de alta jerarquía que presuntamente habrían participado directamente en la ordenación y ejecución de los crímenes de Estado.

Dicho lo anterior, considero importante hacer énfasis en la metodología empleada por otros Tribunales para resolver problemas similares como el expuesto previamente, tales como los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista o durante la Alemania comunista. La fórmula del derecho extremadamente injusto fue elaborada en 1946, por Gustavo Radbruch⁵⁸⁸ en el famoso artículo titulado “Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht”, en la Revista Süddeutschen Juristen de la siguiente manera.⁵⁸⁹

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse, de tal forma que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza que tenga también preferencia cuando sea injusto o inadecuado, en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia, alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia. Es importante trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas, a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no solo es ‘derecho injusto’, sino que más bien carece de naturaleza jurídica.

Es fácil distinguir los dos principales elementos caracterizadores de esta fórmula. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, se refiere a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo.⁵⁹⁰ El planteamiento de la citada fórmula, adquirió una validez significativa, a raíz de numerosos casos, en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía a los ciudadanos judíos, y las

⁵⁸⁸ Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por el régimen nacionalsocialista en 1933.

⁵⁸⁹ RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190.

⁵⁹⁰ ALEXY, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004, p. 269.

sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró nulas muchas de estas normas⁵⁹¹, a través de la invocación expresa de la fórmula de Radbruch.

El filósofo del derecho Robert Alexy, ha replanteado la fórmula de Radbruch, a partir de su argumento de la corrección, relacionado intrínsecamente con la reconexión entre el derecho y la moral, a partir de su postura moderada o corregida. De esta forma: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto”. Por este motivo, la institucionalización de la justicia, de alguna forma, implica la institucionalización de los derechos fundamentales, los cuales, constituyen en sí, el mínimo de moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.⁵⁹²

Sin duda alguna, el pensamiento jurídico de Radbruch contribuyó a la rehabilitación de los estudios de filosofía del derecho. Asimismo, superó el rígido normativismo, “al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos principios básicos de derecho natural”⁵⁹³. Una de las principales críticas que se han lanzado en contra de dicha fórmula, es la violación al principio de seguridad jurídica, que protegen principalmente las leyes penales. La fórmula propuesta por Radbruch y el replanteamiento realizado por Alexy, a través de su argumento de corrección, me parece muy adecuado como argumento para dar solución al caso planteado resuelto por la SCJN.

⁵⁹¹ BVerfGE 3, 58; 6, 132. Ver también: ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, pp. 75-96

⁵⁹² ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*, *op. cit.*

⁵⁹³ VIGO, Rodolfo, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, *op. cit.*, p. 55.

4.1.2.1 Justicia material frente a la seguridad jurídica: el caso “El Halconazo” (Recurso de Apelación No. 1/2004-PS derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS) ante el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (SCIDH)

El 15 de junio de 2005, la SCJN emitió su fallo en contra de la posibilidad de perseguir el delito de genocidio, en contra de los autores materiales e intelectuales de varios homicidios cometidos por un grupo paramilitar denominado “Los Halcones”, cuyo Gobierno encabezaba el entonces presidente Luis Echeverría Álvarez. Todo inició con la denuncia de hechos presentada el 10 de junio de 2002, por Jesús Martínez de Campo Castañeda, ante la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del pasado, la cual ejerció acción penal el 22 de julio de 2004, en contra de 11 personas.

Sin embargo, el Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales consideró que el ejercicio de la acción penal había prescrito, conforme a lo establecido en el artículo 101, del Código Penal Federal. Por este motivo, su resolución consistió en declarar extinguida la acción penal. Motivo por el cual, los Ministerios Públicos investigadores y adscritos interpusieron recurso de apelación. Posterior a esto, el 13 de octubre de 2004, a través de una solicitud de atracción, la Corte decidió conocer del asunto.

Los hechos acontecidos el 10 de junio de 1971, han tenido una repercusión simbólica para muchas personas que han luchado por las libertades y derechos fundamentales en un Estado autoritario.⁵⁹⁴ Se trató de una manifestación estudiantil realizada a partir de las instalaciones del Instituto Politécnico Nacional. Al llegar al suburbio estudiantil de San Cosme, los estudiantes fueron agredidos

⁵⁹⁴ A principios de los años setenta, Octavio Paz escribía: “La institución presidencialista mexicana, se parece, más que al presidencialismo norteamericano que la inspiró, a la dictadura de la antigua Roma [...] Los Presidentes son, durante seis años, todopoderosos [...] Nuestros Presidentes son dictadores constitucionales, no caudillos. La legalidad es, en parte, el origen de su fuerza. Pero esa legalidad nace de una contradicción que corroe su fuerza: la dictadura romana era un régimen de excepción en un estado de excepción, el presidencialismo mexicano es un régimen de excepción en una situación de paz y normalidad. PAZ, Octavio, “El escritor y el poder”, en *La Letra y el Cetro El Ogro Filantrópico (Historia y política 1971-1978)*, Joaquín Mortíz, México, 1981, pp. 304-305.

por el grupo paramilitar conocido como “Los Halcones”, compuesto por diversos miembros de las corporaciones militares, policiales, el Estado Mayor Presidencial, así como diversos Guardias del Presidente. La represión derivó en el asesinato de decenas de estudiantes y otros heridos (desconociéndose hasta ahora el número exacto). Dicha acción había sido previamente concertada y se emplearon armas de uso exclusivo del ejército.

El primer proyecto presentado ante la Primera Sala de la Suprema Corte, por el ministro Juan Silva Meza, y el debate de 23 de febrero de 2005, proponía ejercer acción penal en contra de las personas involucradas, desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente, la interpretación del delito de genocidio.⁵⁹⁵ Para soportar esta pretensión, se sostenía que al momento de los hechos el Estado se encontraba sujeto al derecho internacional de los derechos humanos, donde se establecen obligaciones en materia imprescriptibilidad sobre los delitos de lesa humanidad.

De esta forma, el argumento toral para la defensa del Estado y la no persecución de los crímenes expuestos, consistía en la existencia de una declaración interpretativa en el Tratado sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad, con la finalidad de perseguir únicamente los delitos cometidos desde la firma, pero no de aquellos cometidos al momento de los hechos.⁵⁹⁶ El proyecto se basaba en criterios de derecho internacional, tales como la interpretación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg; esto significaba que la referida cláusula desnaturalizaba la esencia del mismo Tratado, violando en consecuencia los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, motivo por el que no era aplicable el principio de no retroactividad, toda vez que el delito de genocidio era imprescriptible, cualquiera sea la fecha en que se hubiera cometido.

⁵⁹⁵ Posterior a la presentación del ministro Silva Meza, el expediente fue turnado a la Ministra Olga Sánchez Cordero, quien proponía entrar al estudio y análisis del tipo penal por el cual se le estaba acusando a los inculpados.

⁵⁹⁶ Ver la participación del Ministro Juan Silva Meza, en la versión estenográfica de 23 de febrero de 2005, pp. 26-32.

Es interesante el planteamiento sobre la inexistencia de un Estado de Derecho. Al respecto, el Maestro Manuel Becerra Ramírez cuestiona lo siguiente. “¿el poder judicial debe tomar en consideración estas circunstancias políticas excepcionales o simplemente se debe limitar a aplicar la normatividad tal cual es?”⁵⁹⁷ Aquí reside uno de los puntos básicos para comprender la dimensión del caso, pienso que el argumento mayoritario acerca de no evaluar las consideraciones sobre la posible existencia de un Estado de Derecho, desde el punto de vista sociopolítico, distan mucho de lo que se esperaba, ya que una verdadera visión hermenéutica, de comprensión integral de los hechos sometidos a análisis, no puede prescindir de las posibles valoraciones políticas, morales, económicas y culturales, sin las cuales, no podemos entender el fenómeno en su integridad.

Finalmente, la sentencia aprobada fue la del Ministro José Ramón Cossío, se determinó que únicamente se podía perseguirse penalmente Presidente de la República como al Secretario de Gobernación de ese entonces, por los delitos de genocidio, debido a que su fuero constitucional terminó en el año de 1976, y la denuncia había sido presentada en el año 2002 (una situación bastante curiosa respecto a este último punto). La sentencia final tiene una buena estructura, se encuentra bien redactada y los pronunciamientos son claros.

Sin embargo, los razonamientos son contradictorios, tiene un esquema argumentativo bastante cuestionable, ya que la resolución se basa principalmente en la negativa de aplicar el principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, pero al momento de definir dicha regla, ésta no es aplicada de igual forma cuando se trataba de normas constitucionales, que en sí, perjudicaban a otros acusados (Presidente y Secretario de Gobernación). Dicho en términos jurídicos coloquiales: la aplicación pro – retro- homine de los derechos fundamentales, lo cual constituye en sí, una contradicción evidente, como expondré a continuación.

⁵⁹⁷ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “GENOCIDIO (Comentarios a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los “Halcones”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IJ-UNAM, México, 2008.

Posterior a los hechos, se reformó la Constitución en el apartado de Responsabilidad de los Servidores Públicos, para la interrupción de los plazos relacionados con la prescripción de delitos cometidos por el Presidente de la República, el Secretario de Gobernación, entre otros cargos, relativos al artículo 111 del mismo texto fundamental (28 de diciembre de 1982). Por este motivo, antes de esa reforma, se le podía seguir tanto a él como al Secretario de Gobernación, un proceso penal (1972).

Siguiendo este razonamiento, se concluyó que la Convención sobre la Imprescriptibilidad sobre los Delitos de Lesa Humanidad vulneraba dicho principio, pero no así en el caso del Presidente Echeverría y su Secretario de Gobernación, dado que la aplicación del mismo principio de retroactividad no se actualiza cuando se trata de normas constitucionales. Sin duda, esta concepción de la Constitución como un conjunto hermético de preceptos programáticos, coherente y perfecto pertenece a los modelos estatistas y formales, tal como si la armonización a través del balanceo de principios, implicara la supresión o la mutilación de algunas partes del texto constitucional.

La decisión se encuentra estructurada desde el punto de vista argumentativo en cuatro agravios principales. El primero de ellos se refiere a la indebida fundamentación del auto que negaba el ejercicio de la acción penal, ya que no había tomado en consideración la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El estudio de este agravio es conforme al silogismo clásico. La premisa mayor o respaldo, es el artículo 14 constitucional, que habla sobre la prohibición de no retroactividad en perjuicio del inculpado, así como la distinta normatividad en materia internacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de los Derechos Humanos) que se refiere al citado principio. La premisa menor es la declaración interpretativa

o reserva⁵⁹⁸, formulada por el Estado mexicano en la citada Convención sobre la imprescriptibilidad. De acuerdo a una subsunción clásica, el resultado final sería, el siguiente.

PREMISA MAYOR	Existe una prohibición de no retroactividad en materia penal en perjuicio del inculpado tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales.
PREMISA MENOR	El Tratado se firmó después de los crímenes cometidos.
CONCLUSIÓN	No debe aplicarse a los crímenes cometidos porque violaría el principio de no retroactividad.

En otro de los argumentos como una especie de reducción al absurdo se lo siguiente en la sentencia: “la citada reserva no hace sino redundar sobre lo ya establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es claro, por tanto, que aún en este caso, la misma no podría ser declarada inválida o inaplicarse al caso en concreto por ir en contra del “objeto y fin del tratado”, ya que de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal”. Esta postura formalista no puede ser más clara, ya que de este argumento se advierte (como lo dije antes) que la solución al conflicto de principios constitucionales no debe venir a través de la ponderación de principios, pues implicaría la inaplicación de preceptos del texto fundamental.

El segundo agravio es un tanto más legalista, se refiere al estudio de la prescripción penal, a través de una diligencia realizada por el mismo Ministerio Público. Como sucedió con antelación, también se declararon inoperantes e infundadas dichas manifestaciones, ya que dicha diligencia no tenía por objeto la estricta averiguación de los hechos sometidos a investigación. El tercer agravio se relaciona con el anterior, se trata de la falta de instrumentos en aquellos años para ejercer el derecho a una tutela de justicia efectiva.

⁵⁹⁸ En este punto, la Corte determinó que se trataba materialmente de una reserva, ya que dejaba inaplicable el Tratado para los hechos cometidos en el pasado.

Sobre este último punto se determinó sobre la ausencia de recursos internos sencillos, efectivos e idóneos para garantizar una investigación imparcial sobre los hechos denunciados, derivados de la falta de imparcialidad de las autoridades durante el régimen en que sucedieron los acontecimientos, donde además, la Procuraduría General de la República actuaba como cómplice con los autores del ilícito, dicho de otra manera, se contaba con una inmunidad absoluta, dado el control político que ejercía de manera el Presidente de la República sobre los actos de aquéllos.

Sin embargo, el resultado a lo planteado en el párrafo previo es resuelto de una manera simplista, ya que se argumenta que la existencia por sí misma de los artículos 21 y 102 de la Constitución traería consigo al sistema de justicia la independencia necesaria que se requiere para averiguar y perseguir los delitos. Además, no existía justificación para defender la hipótesis de una posible suspensión del orden constitucional, conforme al artículo 136 del mismo texto fundamental.

Por último, en la sentencia se declara fundado el cuarto agravio (acusación en contra del Presidente y Secretario de Gobernación), en atención a que se trataba del ejercicio de la acción penal en contra de servidores públicos que al momento de los hechos no gozaban de inmunidad constitucional, pero que debido a una posterior reforma a la misma Constitución (que les perjudicaba materialmente), el periodo a partir del cual comenzaría a contabilizarse el plazo para la prescripción, sería mayor al de los otros acusados (1976).

En sentido opuesto, se encuentra la sentencia dictada por la CIDH el 26 de septiembre de 2006, sobre una situación similar acontecida en Chile debido a la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la ausencia de reparación a favor de sus familiares. Los hechos del caso tuvieron lugar durante el régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973, así

como el contexto de represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras al gobierno militar.

En este sentido, Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa, motivo por el cual falleció al día siguiente. En el año de 1978 se creó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hubieran incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Por tal motivo, el crimen en contra de la víctima mencionada no se investigó adecuadamente ni se sancionó a los autores de los hechos.

A diferencia de la sentencia de la SCJN expuesta previamente, la CIDH determinó que el Estado no podía argumentar la prescripción, irretroactividad de la ley penal, el principio non bis in ídem, o cualquier otra excluyente similar de responsabilidad para excusarse acerca de la labor de investigar y sancionar a los responsables.⁵⁹⁹ Lo anterior, debido a que la ejecución extrajudicial cometida en perjuicio de Almonacid Arellano se trataba de un delito en contra de la humanidad, ya que se circunscribió en un contexto de un gobierno militar que desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó ese país a través del miedo, así como ataques sistemáticos y reiterados en contra de varios sectores de la población civil considerados como opositores al régimen.

Por tal motivo, no se podía conceder amnistía sobre los crímenes cometidos a pesar de la Ley creada para ese efecto, toda vez que de hacerlo, sería incompatible con el espíritu de la propia Convención Americana signada por el propio Estado chileno. Por ello se conminó al Estado a la pronta averiguación de los hechos delictuosos, la determinación de la verdad, así como la investigación persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales del mismo.

⁵⁹⁹ SCIDH Almonacid Arellano vs Chile, párr. 151.

Dicho lo anterior, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, los expertos coinciden en que no existió una buena metodología al momento de plantear los cuestionamientos, relativos a la sentencia del caso “El Halconazo” resuelto por la CIDH. Al respecto, Edgar Corzo Sosa, lanza la siguiente crítica:⁶⁰⁰

- a. Se hace un análisis formalista frente a una disposición de gran contenido material. Es decir, frente a una noción material de no retroactividad se opone el criterio formal de la ley;
- b. Si la retroactividad es posible tratándose de una reforma constitucional, faltó analizar si ello incluso va por encima de no perjudicar a una persona; y
- c. Se utiliza como fundamento la tesis que dice que “no es aceptable que una norma constitucional no deba observarse a lo dispuesto en otra”.

En tal aspecto coincido, ya que la imprescriptibilidad del crimen de genocidio o delitos de lesa humanidad no es caprichosa, ya que la norma que castiga ese tipo de delitos presenta como elemento esencial su imprescriptibilidad, porque los límites temporales de su persecución y de su reparabilidad producirían la negación de los derechos que tutela dicha norma (vida, integridad, dignidad, libertad, igualdad, participación democrática), así como de sus garantías.”⁶⁰¹ Sin embargo, esto no resultó evidente para la mayoría que votó a favor del proyecto:

El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individuales frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra entidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es el reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa; y hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida “legalidad superior” que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado. Los argumentos

⁶⁰⁰ “Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IJ-UNAM, México, 2008. pp. 236-237.

⁶⁰¹ SILVA GARCÍA, Fernando, “El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio vs irretroactividad de la ley?” en *Cuestiones Constitucionales*, *op. cit.*, p. 245.

totalitarios han seguido esta mecánica de argumentación y los resultados han sido siempre nefastos para la humanidad que pretenden proteger y que utilizan como fundamento.

Los totalitarismos siempre han pretendido haber encontrado un camino para establecer la justicia en la tierra, un camino que implica el sacrificio del derecho positivo en aras de una forma más elevada de legitimidad. Sin la traducción de esta justicia a normas del comportamiento individual, el argumento que busca aplicar directamente esta pretendida Ley superior sin preocuparse del comportamiento y de los derechos básicos de cada hombre espera que esta Ley, adecuadamente aplicada y ejecutada, produzca una "humanidad" como producto final, lo que conduce inevitablemente a la reivindicación de dominación por parte del argumento totalitario y conduce empíricamente al terror... hay que tener en cuenta las palabras de Hannah Arendt acerca del terror totalitario ...

Dejando de lado la cita de Hannah Arendt, (que se encuentra totalmente descontextualizada) debió haberse realizado un análisis más concienzudo sobre la posible existencia de un derecho injusto en la aplicación en la reserva que realizó el Estado mexicano sobre el seguimiento de los delitos únicamente a partir de la firma del Tratado, tomando en consideración la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad expuesta previamente. De esta forma, pudo haberse concluido que el crimen de lesa humanidad como el genocidio por sí mismo, no prescribía, y por tanto, no era susceptible de aplicar las reglas del principio de no retroactividad al caso en particular.

4.2 El análisis del principio de igualdad en torno al fuero militar en México y España

Uno de los principales y más graves problemas en la actualidad que sufre el Estado moderno es el terrorismo. Al respecto, la ONU ha manifestado que éste se ha constituido como una “grave manifestación de violencia deliberada y sistemática dirigida a crear caos y temor en la población, genera muerte y destrucción y constituye una actividad delictiva repudiable.”⁶⁰² Sin embargo, en aras de mantener el orden interno, los Estados no pueden, bajo ninguna circunstancia, hacer uso de medios ilimitados, especialmente cuando se refiere al uso de la fuerza.⁶⁰³

La constante presencia del aparato militar y policial en las principales líneas de acción dentro de la seguridad pública y de la vida cotidiana de la población exponen la clara evidencia de la importancia de regular y observar sus actuaciones. Desde 2006 su presencia es acusada y hegemónica, así como exponencial. La creciente y acelerada reproducción de cuerpos militares dejó vacíos legales para su correcta actuación.

⁶⁰² OEA Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo (Lima, Perú, abril de 1996)

⁶⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numerales 86-91. A pesar de ello, los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos de Norteamérica, ocasionaron una de las crisis más graves de seguridad pública en aquel país, provocando en consecuencia la existencia de una innumerable cantidad de leyes discriminatorias y violatorias de derechos fundamentales, entre las que se encuentran la posibilidad de detener a un extranjero durante siete días como medida preventiva sin tener que presentar cargos contra él, si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista, pinchar teléfonos o cuentas de Internet asociadas a un supuesto terrorista sin tener que lograr una orden judicial para cada uno de los números. Con ello la policía queda capacitada para interceptar comunicaciones de ciudadanos completamente inocentes, agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones, así como la necesidad de legalizar ciertas formas «atenuadas» de tortura. RIVERA, I., “La guerra como racionalidad geopolítica constitutiva. (Nuevamente) sobre el concepto del enemigo” en VV. AA., *Rastros de Dixan. Islamofobia y construcción del enemigo en la era post 11-S*, Virus Editorial, Barcelona, 2009, pp. 13-36.

Desde esta nueva campaña “antidrogas” se han dado innumerables casos donde el uso desproporcional de la fuerza pública. Casos de desaparición forzada, la violación sexual de mujeres indígenas, tortura y detención arbitraria de decenas de personas a lo largo de la República son sólo algunos de los asuntos documentados por asociaciones y organismos nacionales e internacionales. Durante 2009, *Human Rights Watch* publicó un análisis del uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narco y de seguridad pública, basado en testimonios de las víctimas y expedientes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.⁶⁰⁴

Una de las causas torales por las cuales esto sigue sucediendo es la ineficaz actuación del sistema de justicia militar y policial, ya que los responsables no son sancionados, incluso, si quiera son reconocidos. Esto se debe principalmente a que no se tienen los instrumentos jurídicos y políticos de regulación y control del uso de la fuerza pública, así como la sesgada y parcial investigación de estos crímenes, ya que la mayoría de estos casos son investigados y juzgados por los propios tribunales militares que carecen de mecanismos que garanticen el debido proceso. Asimismo, nuestro sistema militar y policial se encuentra a gran distancia de lograr cumplir cabalmente con la obligación de impartir justicia; la poca transparencia de los procesos de despliegue de sus modus operandi y de sus resultados oscurece el horizonte del porvenir de nuestro sistema político-social.

El principio de igualdad y no discriminación es otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el sistema constitucional mexicano. Para examinarlo, he preparado en la presente sección el análisis del mismo a la luz de dos sentencias relacionadas con el fuero militar resueltas por la SCJN y el TCE. Ambos tienen similitudes fácticas, ya que se trata de la constitucionalidad del fuero

⁶⁰⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, *Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*, USA, 2009, pp. 42-69.

militar para el juicio del personal en el ejercicio de actividades en conexión con la disciplina castrense.

Sin embargo, debo precisar una diferencia sustancial entre los asuntos planteados en ambos tribunales: se trata del análisis de fondo sobre la violación reclamada. La SCJN perdió una oportunidad histórica en su momento para pronunciarse sobre uno de los temas de mayor impacto desde el inicio de la denominada “guerra contra el crimen organizado” emprendida desde hace más de siete años, ocasionando una cantidad asombrosa de víctimas y serios perjuicios económicos, políticos y sociales que se resienten hasta el día de hoy.

Como consecuencia de la presencia de los militares en el restablecimiento del orden interno en México se ha producido lo inevitable: la militarización de la seguridad pública. Los efectos negativos de esta política pública son la falta de profesionalización a las fuerzas armadas en el combate a la delincuencia. Incluso, esto proviene de la misma naturaleza que tiene el ejército, que al no estar acostumbrada a temas de seguridad pública, la misma institución ha carecido de los elementos suficientes para desarrollar plenamente la labor que es encomendada por el Poder Ejecutivo Federal.

Las decisiones de la SCJN sobre este tema datan desde principios de los años noventa, a raíz de la incorporación de la milicia en el combate al crimen organizado, sin embargo, no siempre ha sucedido así. A mediados de los noventa se resolvió una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba la violación al artículo 129 constitucional,⁶⁰⁵ ya que se permitía la incursión de los militares en asuntos de seguridad pública. En su momento, el Tribunal mexicano sostuvo que dicha actuación se encontraba plenamente legitimada, en razón de que la intrusión de los militares en las labores de seguridad pública se

⁶⁰⁵ Dicho precepto establece lo siguiente: *En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.*

encontraban subordinados a la policía civil, siempre y cuando se diera un equilibrio entre el respeto a los derechos humanos y la seguridad pública.⁶⁰⁶

En primer lugar, debo explicar que el artículo 13 de la CPEUM contiene un conjunto de prohibiciones que tienen como fundamento e inspiración el principio de igualdad de las personas ante la ley.⁶⁰⁷ Acorde con ello, la intención del legislador al dejar subsistente el fuero castrense, se refiere única y exclusivamente para los delitos y faltas contra la disciplina militar. Dicho esto, el término fuero no debe ser entendido como privilegio o inmunidad, sino como jurisdicción, en razón de la materia que rige (disciplina militar).

Lo anterior ha quedado precisado con la última interpretación que ha realizado la SCJN, a raíz del caso Radilla y las subsecuentes sentencias dictadas por la CIDH.⁶⁰⁸ Sin embargo esto no siempre ha sido así. En esta parte busco demostrar la movilidad en la interpretación original de la SCJN sobre el fuero militar y las subsecuentes violaciones al principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Reitero, la interpretación de este precepto no siempre fue acertada, el giro jurisprudencial se debe a la interpretación convencional exigida por la CIDH a las autoridades mexicanas en relación con el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, después de reiteradas negativas de las autoridades investigadoras para acreditar el interés legítimo de las víctimas para exigir que los hechos delictivos cometidos en su contra fueran sometidos ante una autoridad investigadora civil y no militar.

⁶⁰⁶ Acción de Inconstitucionalidad 1/96.

⁶⁰⁷ OVALLE FAVELA, José, "Comentarios al artículo 13", en CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, T. I, Porrúa-IJ-UNAM, México, 2009, p. 265.

⁶⁰⁸ FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 366. P. II/2013 (10a.); DISCIPLINA EN EL ÁMBITO MILITAR. SU FUNCIÓN Y ALCANCE CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO ORGANIZATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 1085. 1a. CXCI/2011 (9a.).

Luego entonces, el análisis a la luz del prisma del principio de igualdad resulta pertinente, toda vez que la inestabilidad interpretativa del fuero militar en México hasta antes de 2011 había sido generadora de inseguridad jurídica para las víctimas de probables hechos delictuosos, tendiente a concebir al fuero militar como una especie de privilegio o inmunidad, ya que la impunidad no se generaba únicamente como consecuencia de la remisión de los hechos a la autoridad militar, sino por el nulo seguimiento a las averiguaciones que les eran sometidas (tal y como lo demostraré en la siguiente sección).

El presente apartado tiene como objetivo analizar la problemática del fuero militar, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, haciendo énfasis en la línea evolutiva que ha tenido la jurisprudencia de la SCJN, a la luz de los precedentes del TCE sobre un caso con bastantes similitudes fácticas y jurídicas. Cabe advertir que fue hasta 2011 cuando se suscitó el debate sobre los límites al fuero militar fue reabierto por la Suprema Corte, debido a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto.⁶⁰⁹

Un año después (21 de Agosto de 2012) este mismo órgano ha declarado la inconstitucionalidad del artículo del Código de Justicia Militar en cuestión, provocando un sinnúmero de reacciones en todos los ámbitos gubernamentales, reforzando la hipótesis planteada al inicio de la investigación (2010), y dotando de certeza al plano hermenéutico y argumentativo, a través de un análisis frontal de los principios constitucionales en conflicto.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, el 14 de julio de 2011 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de Octubre del mismo año.

⁶¹⁰ Hacemos referencia al Amparo en Revisión 133/2012 y 27 asuntos más, en donde se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar.

De acuerdo con lo expuesto, el objetivo fundamental consiste en realizar una crítica sobre la posición tomada originalmente por la SCJN y que fue reformulada posteriormente como consecuencia de las diversas sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano por vulnerar el derecho a la tutela de justicia efectiva en contra de las víctimas, debido a la negativa a la solicitud que distintos elementos de la milicia fueran juzgados en el fuero civil y no el castrense a raíz de presuntos delitos cometidos por aquellos.

Debo precisar también, que el análisis en las sentencias del TCE sobre este mismo tema se aborda desde una óptica metodológica distinta. No solo desde el aspecto nominativo (jurisdicción militar), sino también el plano sustantivo, es decir, se alega la violación al derecho de tutela de justicia efectiva (juez predeterminado por la ley), de manera similar en que lo ha reconocido la CIDH (juez natural), pero sólo en lo que respecta a los conflictos derivados de violaciones a los derechos humanos cometidas por militares. Lo anterior, se debe quizá a la manera de configuración constitucional de la garantía institucional de la disciplina militar en ambas latitudes.⁶¹¹

Ahora bien, cabe precisar la violación recurrente precisada por los demandantes en casos resueltos en el país ibérico, se trata del derecho fundamental al “juez legal” o “predeterminado”, el cual toma forma a raíz de la inestabilidad judicial causada por los gobiernos totalitarios durante la primera mitad del siglo XX, que interferían en las decisiones del Poder Judicial. Sin embargo, ya existían precedentes en los documentos históricos de Derechos Humanos como la Carta Magna (punto 17 y 18), Petition of rights (Art. 1.3), Constitución de Estados Unidos de Norteamérica (Art. 3, Secc. 2^a, párrafo 3), así

⁶¹¹ Artículo 117.5 de la CE: El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

como el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁶¹²

El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley se encuentra establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Este derecho fundamental tiene relación con el artículo 117.6 del propio ordenamiento, que establece la prohibición de los tribunales de excepción. El bien jurídico protegido a través de este derecho es la independencia e imparcialidad de los jueces, siguiendo la jurisprudencia (STC 47/1983). Al respecto, el profesor Fernández Segado ha señalado varios elementos contenidos en dicha garantía institucional:⁶¹³

1º La judicialidad, es decir, la incardinación del órgano jurisdiccional que haya de conocer del caso en el seno del Poder Judicial.

2º El carácter ordinario del órgano, lo cual implica que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de especial o excepcional. Compaginado con el artículo 117.6 que prohíbe los Tribunales de Excepción.

3º La predeterminación del órgano:

- La creación previa del órgano por la norma jurídica.
- La investidura de ese mismo órgano jurisdiccional por la propia norma de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motive su intervención.
- La determinación, igualmente por la norma, de la composición del órgano.

4º La predeterminación del órgano judicial se ha de llevar a cabo por la ley (competencias legales) (STC 111/1984).

En este sentido, los criterios de generalidad y anterioridad garantizan una vez que el Juez conoce de la causa, no puede ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/1984). Asimismo, en esta misma determinación del Tribunal Constitucional, ha señalado que “la predeterminación legal del Juez significa que la ley, con generalidad y con

⁶¹² DIEZ-PICAZO, José M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 413.

⁶¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 279.

anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso.”

Asimismo, en el derecho internacional y comunitario, existen los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales. No obstante, en México no existe expresamente reconocido en la Constitución federal este derecho fundamental, pero sí de manera indirecta, a través de la adopción de los criterios de la CIDH al ámbito interno.

A nivel CIDH, la tradición que ha seguido este derecho ha sido distinta a la del país ibérico, el juez natural (predeterminado) es entendido como aquel que tiene jurisdicción para entender un hecho concreto y que sólo por circunstancias excepcionales puede delegar o transferir esa capacidad para actuar. Sin embargo, fuera de México, en América Latina se dio igualmente el fenómeno de la intervención militar en la órbita del Poder Judicial, a tal grado de alterar las reglas en las que se desarrollaban normalmente los procesos.

No obstante, la garantía del juez natural en Latinoamérica responde más a un mecanismo articulado en base a la ley y a la organización jerárquica de la magistratura.⁶¹⁴ A nivel Sistema Interamericano, los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, a través de sus resoluciones 40/32 y 40/146, determinó que el Estado no debía crear Tribunales que no aplicaran las normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los Tribunales Ordinarios. Uno de los casos más emblemáticos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue la destitución de varios

⁶¹⁴ GOZAÍNI, Osvaldo, *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 245.

Magistrados por el Ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, debido a que aquéllos habían sido destituidos sin proceso alguno y que al nombrar de manera arbitraria el Ejecutivo Federal a los sustitutos, había quedado demostrado que no existían garantías contra presiones externas al Poder Judicial.

En síntesis, la faceta material del derecho fundamental consiste en que las reglas sobre competencia de cada órgano jurisdiccional deben encontrarse fijadas antes de iniciar el proceso. Por otra parte, el aspecto formal del derecho es que el órgano judicial competente debe fijarse por ley, además que el juez que conozca de la causa sea idóneo (independiente e imparcial) y dicha capacidad provenga de la norma que le otorga jurisdicción y competencia para conocer del caso, en respeto en todo momento al principio de reserva de ley (STC 101/1984, 148/1987).

No obstante, existen litigios sobre el fuero militar resueltos por el TCE, en relación al principio de igualdad, pero éstos no hacen referencia a violaciones a derechos humanos cometidas por militares en contra de civiles, sino de impugnaciones solicitadas por el propio personal, principalmente aquellas situaciones donde el ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación.⁶¹⁵ Por este motivo, he seleccionado dos precedentes que tienen más similitudes fácticas, pues se trata de la solicitud de civiles acerca de la inhibitoria de la jurisdicción militar en delitos contrarios a los derechos humanos.

⁶¹⁵ Al respecto: STC 115/2001.

4.2.1 La negativa de la SCJN a discutir sobre los límites al fuero militar (Amparo en revisión 989/2009) y su análisis con el caso del Tribunal Constitucional Español (STC 75/1982)

En la presente sección planteo dos casos que presentan similitudes fácticas y normativas. Se trata de la impugnación del fuero militar como consecuencia de diversos delitos cometidos por el personal castrense en México y España. El acto impugnado consiste en la competencia de la autoridad civil para juzgar a los elementos de la milicia, en contraposición a la normativa existente que regula su actuación cuando se trate de actividades que tengan conexión con la disciplina militar, precisamente sobre este último punto versa el debate al respecto.

Cabe señalar que existen diferencias sustanciales entre uno y otro caso desde el punto de vista fáctico. Por un lado, el caso resuelto por la SCJN aborda la impugnación del fuero militar por los familiares del ofendido del delito de homicidio (víctimas),⁶¹⁶ para que las averiguaciones sobre los hechos fueran realizadas por la jurisdicción civil. Del otro lado, la resolución del TCE se trata de un amparo interpuesto en contra de la competencia militar para conocer de las actuaciones por el delito de tortura por miembros de la guardia civil española.

El caso resuelto por la SCJN se trató de la sentencia recaída al amparo en revisión 989/2009, promovido por Reynalda Morales Rodríguez, la cual impugnaba la constitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, así como la declinación de conocer sobre las investigaciones de la muerte de su esposo en un reten militar por una autoridad civil. Dicho asunto tiene origen en los hechos siguientes. El veintiséis de marzo de dos mil ocho, en las inmediaciones de la comunidad de Santiago los Caballeros, Sinaloa, un grupo de civiles que viajaba en un vehículo particular por la carretera a Navolato, Km. 9.5,

⁶¹⁶ Existe una distinción en el derecho penal entre víctima y ofendido. Por una parte, víctima es aquel sujeto que individual o colectivamente resienta de manera directa la acción u omisión producida por el hecho tipificado en la ley sustantiva como delito, concentrando o no la calidad de ofendido, siempre y cuando sea el mismo titular del bien jurídico afectado por la conducta antisocial; mientras que ofendido comprende al sujeto que resulta titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción definida como delito por el código penal vigente en la entidad.

recibió impactos de bala desde otro vehículo tripulado por personal del ejército mexicano. Con motivo de esta agresión, cuatro civiles perdieron la vida.

Una vez sucedido lo anterior, el Ministerio Público inició una averiguación previa; posterior a ello, éste declinó su competencia para conocer las averiguaciones a favor de la Procuraduría de Justicia Militar, consignando a los cinco militares presuntamente responsables. La esposa de uno de las víctimas acudió al juicio de amparo, con la finalidad de impugnar esta situación, pidiendo que se declarara inconstitucional el precepto señalado arriba, al caso en particular. Lo anterior, debido a que consideraba que dicha normatividad vulneraba los límites establecidos en el artículo 13 de la Constitución Federal.

El proyecto inicial del ministro José Ramón Cossío (que comentaremos más adelante) fue rechazado por la mayoría, debido a que se consideraba que se actualizaba una causal de improcedencia: la falta de interés legítimo de la actora para interponer el juicio de amparo, motivo por el cual la resolución de la Corte fue en el sentido de desechar la demanda. No obstante, el punto medular de la negativa en la sentencia para conocer del asunto, inicia en el Considerando Sexto del Proyecto, al señalar: “en términos de lo dispuesto en el artículo 76, fracción II, de la Ley de Amparo interpretado a contrario sensu, en el presente recurso se analizarán los agravios bajo el principio de estricto derecho, ya que aun cuando se trata de un asunto vinculado con la materia penal, la quejosa no tiene la calidad de reo.”⁶¹⁷

En los sucesivos considerandos, se lleva a cabo el análisis técnico de las causales de improcedencia y se justifica la negativa de la Corte para emitir algún pronunciamiento de fondo sobre el asunto, “caracterizados por su generalidad”. Al momento de llevar a cabo el estudio del tercer agravio, el Tribunal advierte: “las causales de improcedencia previstas constitucional y legalmente, no conducen a la denegación de justicia, sino solamente a la declaración de la presencia de un

⁶¹⁷ Amparo en Revisión 989/2009, p. 89.

impedimento técnico para poder analizar la constitucionalidad del acto reclamado”⁶¹⁸, situación que se encontraba justificada a la luz de las principales declaraciones de derechos humanos, que consagran el derecho a una tutela de justicia efectiva.

Finalmente, en el considerando Noveno de la sentencia, se determina que el carácter de víctima u ofendido en el proceso penal del demandante no permitía que ésta pudiera impugnar a través del juicio de amparo cualquier acto reclamado dentro del proceso penal, ya que la participación de ésta no era la misma a la del actor del delito. Es decir, dentro del catálogo de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución en su artículo 20, apartado b), no se desprendía ningún derecho a favor de ésta. La Corte concluye su argumento, calificando el principal agravio de la quejosa como inoperante, debido a que la determinación de lo dispuesto por la referida norma constitucional era una cuestión que atañía al fondo del asunto.

Sin duda alguna, el voto de la minoría compuesto por los ministros José Ramón Cossío (que formuló un análisis de fondo y veremos más adelante), Olga Sánchez Cordero y Genaro David Góngora Pimentel, es de lo más destacable en aquella resolución, debido a que ponen de manifiesto el defectuoso análisis realizado en el proyecto aprobado por la mayoría. El primero error del proyecto que tiene que ver incluso con la lógica formal, se refiere a la invocación de un argumento de autoridad por el Juez de Distrito que inicialmente conoció del asunto. Es decir, éste (al igual que en la resolución de la Corte) condicionó la procedencia del juicio de amparo con la existencia de un derecho subjetivo cuya titularidad le pertenecía a la ofendida.

⁶¹⁸ Amparo en Revisión 989/2009, p. 94.

A pesar de lo anterior, para determinar plenamente la existencia del derecho subjetivo, únicamente podía conseguirse a través del estudio de fondo que se debió haber realizado, ya que de no llevar a cabo tal análisis, el argumento sería circular, ya que jamás se podría saber finalmente si existía un derecho subjetivo tutelado y no decidir a priori, únicamente basándose en las causales de improcedencia relativos a la falta de interés jurídico contenidos en la Ley de Amparo.

La cuestión de fondo entonces era si la quejosa en el amparo tenía el interés jurídico para promoverlo, pero este interés jurídico derivaba directamente de la afectación que ella aducía, relacionada con la violación al artículo 13 de la Constitución Federal, específicamente el estudio sobre los alcances del fuero militar y la prohibición de que las averiguaciones donde están implicados civiles, las lleven a cabo las autoridades militares, y por consiguiente, la violación al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar.

Previamente la SCJN había reconocido en diversa jurisprudencia los derechos de la víctima u ofendido,⁶¹⁹ situación que en el presente caso debió haber ampliado los derechos de las víctimas. Sin embargo, para ver si existía ese derecho y la posibilidad de que los militares fueran juzgados por una autoridad civil, se debió haber realizado el estudio correspondiente. Sobre este punto, el voto de la minoría, refiere que se violó el principio pro actione de derechos fundamentales, consistente en que, en caso de duda debía mantenerse el procedimiento y llevarlo hasta el final, optimizando de la mejor manera posible, los

⁶¹⁹ LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Contradicción de tesis 152/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito y el entonces Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

derechos de la afectada⁶²⁰. Asimismo, se concluyó atinadamente lo siguiente respecto al interés jurídico.

No tendría sentido que el juicio de amparo fuera el medio para hacer valer derechos fundamentales si el sólo acceso al mismo se encuentra restringido a que de antemano efectivamente se pruebe la titularidad del derecho en cuestión. Justamente lo que muchas veces se reclama en el juicio es que esa titularidad sea reconocida mediante una sentencia que estudie el fondo y que, en su caso, se llegue a ella con la interpretación de todas las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

Si la procedencia del juicio de amparo se entendiera sólo limitada a los casos claros de procedencia (en los que es evidente que existe un derecho sustantivo afectado), entonces los derechos fundamentales consagrados en nuestro orden jurídico no se verían, de facto, protegidos. Bajo ese entender, la interpretación sobre el alcance de tales derechos estaría siempre condenada a las interpretaciones del pasado, pues en todos los casos en los que la formulación de protección en la Constitución no fuese expresa o en los que no existiera previo pronunciamiento jurisprudencial al respecto, la respuesta sería: no entrar al fondo del asunto.

Ahora bien, en lo que atañe al fondo de la cuestión planteada por la víctima, el ministro José Ramón Cossío fue el único en elaborar un proyecto coherente y suficiente. En él se encarga de analizar a fondo la interpretación del artículo 13 constitucional, en relación con los alcances del fuero militar. En dicho voto, analiza con detenimiento la evolución que ha tenido el fuero militar, desde la Cádiz hasta la Constitución actual. En un principio, manifiesta que los fueros eran privilegios concedidos a favor del personal de la milicia, dadas las condiciones en las que vivía nuestro país en aquél entonces. Tiempo después, el constituyente del '57 reformó el artículo 13 de la Constitución, quedando establecido que el fuero de

⁶²⁰ Voto de minoría, p. 23.

guerra subsistía para aquellas faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar.

Desde la perspectiva del ministro Cossío, las preguntas a dilucidar eran las siguientes: ¿el artículo 13 constitucional prohíbe que los Tribunales militares conozcan de asuntos que versan sobre delitos del orden común o federal y/o en los que está involucrado un civil como sujeto pasivo? ¿hay razones constitucionales que informan por qué es deseable que los tribunales ordinarios ejerzan jurisdicción sobre aquellas controversias penales que versan sobre conductas delictivas ajenas al orden militar o en las que interviene en su carácter de ofendido o víctima? ¿hay alguna justificación constitucional para considerar que el grado en que tal garantía (prohibición de fuero) ha de protegerse debe variar en razón de la calidad de la persona que está involucrada en el proceso penal?

La formulación clara y frontal de las cuestiones no deja lugar a duda, de que se deseaba responder de manera exhaustiva y precisa a la petición formulada inicialmente por la demandante. Posterior a ello, se lleva a cabo un análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos para dilucidar los límites del fuero militar, citando incluso precedentes de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Concluyendo finalmente lo siguiente:

Para que el fuero militar sea compatible con los estándares internacionales, debe cumplir al menos con los siguientes elementos:

- a) Estar destinado a juzgar sólo a militares por delitos militares.
- b) Tener sólo competencia para conocer de delitos o faltas militares, esto es, aquellos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.
- c) No tener jurisdicción sobre civiles bajo ninguna circunstancia.
- d) No tener competencia para conocer de asuntos en los que la víctima u ofendido sea un civil aunque el delito sea cometido por un militar, y
- e) No tener competencia para juzgar violaciones a los derechos humanos.

En tal sentido, se proponía declarar la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), que establece que serán delitos contra la disciplina militar aquellos que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo por ir en contra del artículo 13 de nuestra Constitución. Asimismo, se argumentó que los Tribunales militares no podían tener competencia de aquellos delitos previstos en los Códigos Penales del orden común y federal, dado que en el Código de Justicia Militar, únicamente contempla aquellos tipos penales propios de la dinámica de las fuerzas armadas (delitos contra la seguridad interior y exterior de la nación, contra la existencia y seguridad del ejército, contra la jerarquía y la autoridad).

De esta manera, justificar el conocimiento de los delitos del orden común a los Tribunales Militares, implicaría adoptar un criterio meramente personal, por consiguiente, violatorio del principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como de los derechos consagrados en el artículo 13 de la Constitución Federal.

La sentencia 75/1982 dictada por el TCE el 13 de diciembre de 1982, consiste en la interposición de un amparo en contra de la competencia de la jurisdicción militar para conocer de las actuaciones iniciales por querrela de la recurrente por el delito de tortura contra miembros de la guardia civil de aquella nación. El concepto de violación (tal y como apuntábamos a finales de la sección anterior) consistió en la vulneración al derecho fundamental de tutela de justicia efectiva, relacionado con el derecho a un juez predeterminado por la ley.

A diferencia de la resolución comentada arriba, el TCE es determinante en reconocer la legitimación de la afectada para impugnar la competencia militar, afirmando que la garantía constitucional de tutela de justicia efectiva se refiere con toda evidencia a todas las partes de un proceso, es decir, tanto a los querrelados como a los querellantes (fj 4). En sintonía con lo anterior, la jurisdicción militar debe ser entendida únicamente en el ámbito estrictamente castrense, en consecuencia, tal y como indicaba el propio Código de Justicia Militar, el personal

de la guardia civil que pretenda ser enjuiciado por delitos comunes, deberá regirse por la jurisdicción ordinaria, toda vez que así lo dispone la Ley Orgánica respectiva.

En consecuencia, debido a que el delito penal por el que eran enjuiciados los elementos de la guardia civil se encontraba tipificado por el Código Penal de aquel país (tortura), y además se les acusaba el haber cometido el mismo en ejercicio de sus funciones de policía, no podía existir ningún fundamento que indicara excepciones para conocer de la jurisdicción militar. En tal sentido, la jurisdicción militar únicamente es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar como la defensa nacional (fj 4).

Bien es cierto que la propia CE establece en su numeral 117.5 la previsión sobre la limitación al ámbito estrictamente castrense de este tipo de cuestiones, pero también es importante advertir el fundamento jurídico sostenido más adelante en la decisión. "... no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen..."

Acorde con lo anterior, en el caso en particular, el auto impugnado que motivaba la jurisdicción militar, no aludía en ningún momento alguna posible lesión a los intereses militares o alguna descripción de los hechos de que razonablemente existiesen estos; sino lo contrario, es decir, el personal se encontraba realizando servicios de policía, motivo por el cual dicho servicio suponía la pérdida del fuero militar.

Existen diferencias sustanciales entre la normativa española y la mexicana que hacen invariablemente el análisis de los asuntos sea distinto. En primera instancia, sucede que la CE contiene una redacción más clara y precisa sobre el carácter restrictivo del fuero militar, ya que la CPEUM únicamente indica que

existirá el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, dejando al legislador ordinario la posibilidad de definir el carácter de los delitos.

No obstante, esta situación debería volver más sencilla la interpretación constitucional realizada por el Pleno de la SCJN, ya que, en consonancia con el principio de igualdad y el derecho a la tutela de justicia efectiva (derecho a un juez natural) el mencionado órgano debió entrar al fondo del análisis del asunto impugnado, toda vez que existía duda sobre el derecho subjetivo de la víctima para impugnar el derecho que se reclamaba.

Tal y como se indicará más adelante, el carácter de víctima en asuntos penales graves cometidos por funcionarios estatales, y donde están implicados civiles inocentes, se amplía, acorde a criterios de derecho internacional de los derechos humanos, debido a que los familiares también forman parte de la lesión o afectación jurídica por la vulneración al bien jurídico tutelado, según lo expuesto por el propio voto particular del ministro José Ramón Cossío.

La argumentación se torna aún más deficiente, toda vez que la resolución en cita, trata de justificar el acceso a la justicia a través de una causal de improcedencia del propio recurso judicial por el cual se pretende hacer valer el mismo derecho fundamental, alegando incluso que tal derecho no existe, de acuerdo con el propio texto constitucional. Esta situación será aclarada más adelante, en las diversas sentencias dictadas por la CIDH en contra del Estado mexicano.

Luego entonces, a pesar de que la resolución del TCE es muy sencilla, no se limita únicamente a reproducir el texto constitucional, sino que exige un estándar argumentativo mínimo para justificar la competencia de la jurisdicción militar. También es importante mencionar en la sentencia de la Corte mexicana, la ausencia como fundamento del derecho a un juez natural que expresamente se

encuentra reconocido en la CADH plenamente aplicable al presente asunto, pero al cual rehuyeron la mayoría que aprobó el proyecto final.

Por tanto, a diferencia del TCE, la SCJN no deja el claro los motivos por los cuales la jurisdicción militar es competente, toda vez que no se analiza el fondo del asunto; peor aún, se restringe el derecho a la tutela de justicia efectiva de la manera más limitativa posible, a tal grado de nulificar su contenido esencial y volver ineficiente el derecho, aún cuando existían posibilidades normativas de reconocer el derecho a un juez natural, a través de tratados internacionales vigentes al momento de la decisión tomada.

4.2.1.1 La revisión del fuero militar por la SCJN, a raíz de la sentencia condenatoria de la CIDH en el Caso “Radilla” (Expediente varios 912/2010) y los precedentes “Inés Fernández” y “Valentina Rosendo”

La revisión del fuero militar por la SCJN ha sido efectuada como consecuencia de tres sentencias condenatorias dictadas por la CIDH sobre la investigación de diversos delitos cometidos por agentes militares en contra de civiles inocentes. Esto ha venido a modificar el modelo de procuración y administración de justicia en materia penal hacia uno más transparente y efectivo, que brinde atención a las víctimas de este tipo de delitos. Por ello, en esta parte me limitaré a explicar el contexto a partir del cual surgen estas decisiones, en aras de fortalecer lo expuesto en la sección anterior.

Cabe advertir que el criterio defendido por la mayoría de los ministros de la SCJN en su momento, había sido negar el acceso a la justicia de las víctimas de delitos cometidos por el personal militar, sin embargo, como consecuencia de distintas resoluciones dictadas por el organismo regional que comentaré a continuación (donde se pedía al Estado la convencionalidad del Código de justicia militar) la propia Corte mexicana migró de criterio, adoptando una postura menos formalista y asintiendo sobre la posibilidad de una interpretación menos rigorista y

adecuada al derecho de tutela de justicia efectiva, especialmente el de las víctimas.

La primera sentencia es la del Señor Radilla Pacheco vs México, dictada el 23 de noviembre de 2009. Los hechos se relacionan con la presunta desaparición forzada del señor Rosendo de apellidos indicados el 25 de agosto de 1974. A sus 60 años, él y su hijo viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, Guerrero. Dicho autobús fue detenido por personal del ejército militar, los pasajeros fueron inspeccionados, después de ello abordaron de nuevo. Posteriormente, el autobús fue detenido nuevamente en otro retén, a la entrada de la Colonia Cuauhtémoc, entre Cacalutla y Alcholca.

Los militares solicitaron descender a los pasajeros para revisar el interior. Tiempo después, se indicó a los mismos subir, con excepción del señor Rosendo Radilla, quien quedó detenido, siendo informado por los oficiales “porque componía corridos”. A esto, el detenido respondió que “eso no constituía ningún delito”. Inmediatamente fue replicado por un militar: “mientras, ya te chingaste”. En ese mismo instante, el señor Rosendo solicitó a los Agentes Militares dejar ir a su hijo Rosendo Radilla Martínez por ser un menor, a lo cual accedieron, recibiendo la instrucción de su padre de avisar a la familia que había sido detenido, quedando a disposición de la Zona Militar de Guerrero. Tiempo después, existieron testimonios que lo ubicaron en el cuartel militar de Atoyac, siendo torturado por el personal militar. Desde ese entonces, no se le volvió a ver.

La Corte Interamericana encontró responsable al Estado mexicano, por la violación al derecho a la libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y la vida, en contra del Señor Rosendo Radilla Pacheco. Así como por la violación a la protección judicial y las garantías judiciales efectivas, a favor de su familia. Se determinó de acuerdo al acervo probatorio (además de las distintas declaraciones del Estado y la averiguación realizada por la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del pasado) la

desaparición forzada de la víctima. Respecto al tema que nos interesa, a pesar del aparato de Estado (la Fiscalía), creado especialmente para perseguir estos delitos del pasado, durante la llamada “Guerra Sucia”, se determinó que las indagaciones para aclarar la verdad de los hechos no se estaba indagando directamente a los responsables, sino a las diligencias realizadas a la familia de Rosendo. Sobre este punto, la Corte expresó:⁶²¹

Para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas, así como para garantizar los derechos que se han visto afectados en el presente caso, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

Uno de los temas más delicados y que tiene relación directa con el caso “El Halconazo”, que hemos relatado en párrafos anteriores, el gobierno mexicano argumentó ante la Corte que el tipo penal de desaparición forzada había sido creado apenas en 2001, incorporado por medio de la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas. Por este motivo, el gobierno consideraba ilegal y violatoria del principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, la detención de un posible responsable en el año 2005, el comandante Francisco Quiroz Hermosillo. Sin embargo, ante tal afirmación, la Corte fue tajante (párr. 239 y 240):

⁶²¹ párr. 233 de la Sentencia.

... el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001 ... con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el Juez de Distrito en turno realizada en agosto de 2005 ... por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.

... es inadmisibile... al cual en este caso existía un “obstáculo insuperable” para la aplicación del delito de desaparición forzada de personas vigente en México, ya que el presunto responsable había pasado a retiro con anterioridad a la entrada en vigor del tipo penal... mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada permanece invariable independientemente de los cambios en el carácter de “servidor público” del autor. En casos como el presente en los que la víctima lleva 35 años desaparecida, es razonable suponer que la calidad requerida para el sujeto activo puede variar con el transcurso del tiempo. En tal sentido, de aceptarse lo alegado por el Estado se propiciaría la impunidad.

Por su parte, respecto de las actuaciones ministeriales encaminadas a lograr el descubrimiento de la verdad sobre los hechos, se determinó lo siguiente. La imposibilidad material de la esposa de Rosendo Radilla para impugnar ante un juez la determinación de la autoridad militar para conocer de los hechos e investigarlos. En este punto, la CIDH fue muy clara, al señalar que por la naturaleza del bien jurídico lesionado, la jurisdicción militar no era el fuero competente para investigar, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria.⁶²²

⁶²² párr. 273 de la sentencia.

Aunado a ello, se condenó el hecho de no existir un recurso para poder impugnar el auto por medio del cual se otorgaba la competencia a la autoridad militar para investigar y castigar los hechos, afirmando que la participación de la víctima en el proceso penal, no se reducía a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante los Tribunales competentes, sino también la existencia de recursos internos para impugnar la competencia de los Tribunales judiciales.⁶²³ Y más aún, se condenó el alegato de la autoridad mexicana, al invocar la reserva realizada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que reconocía el fuero de guerra, cuando el militar se encontrara en servicio. Respecto de ello, se determinó:

Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados...

... por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.⁶²⁴

De acuerdo a los razonamientos empleados en la sentencia (que no distan mucho del voto particular presentado previamente por el Ministro José Ramón Cossío en el amparo en revisión 989/2009) el Estado mexicano se encuentra obligado a proporcionar mecanismos efectivos para hacer válido el derecho a una tutela de justicia efectiva, cuando se refiere a la impugnación del fuero castrense. Especialmente cuando realizan averiguaciones y juicios sobre hechos cometidos

⁶²³ párr. 297 de la sentencia.

⁶²⁴ párr. 311-312 de la sentencia.

por militares. Sobre este punto, la CIDH ordenó a México que “las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.

Después de cuatro intensos debates, la solicitud de la CIDH fue desestimada por la Suprema Corte mexicana el día 8 de septiembre de 2010, por mayoría de ocho votos a tres. Volviendo a turnar el proyecto del Ministro José Ramón Cossío (que proponía que el Poder Judicial de la Federación acatara la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, la cual estaría encargada de realizar un dictamen, con la finalidad de resolver si se encontraban en condiciones de resolver el asunto con independencia del Poder Legislativo.

Posterior a ello, los ministros discutieron si la sentencia era o no ejecutable, incluso si la CIDH se extralimitó en su sentencia al no tomar en cuenta las reservas, y lo que es peor, para definir si aceptan o no la jurisdicción del organismo interamericano. El sentido del nuevo proyecto, fue anunciado de alguna forma por quien encabeza la mayoría de ministros que desechó el proyecto, el ministro Aguirre Anguiano, quien remató: “Poco le faltó para ordenar que se modificara la Constitución, pero para mí, lo que es el desborde más radical, y pienso yo que es inaceptable, es desechar la reserva expresa.”⁶²⁵

Hasta aquí, podemos decir que los pronunciamientos de la CIDH sobre este tema indican la postura de los votos minoritarios aquí analizados. Las siguientes resoluciones de este mismo órgano, serán estudiadas de manera breve, pues en ellas se insiste en lo expresado en el Caso Rosendo Radilla, acerca de la obligación del Estado mexicano para aclarar y limitar los alcances que pudiera tener el fuero militar en las violaciones de derechos humanos cometidas por

⁶²⁵ Versión estenográfica de la Sesión Pública de 7 de septiembre de 2010, p. 15.

militares, así como de la responsabilidad de los órganos internos (Congreso y Corte) para establecer los alcances y límites al fuero militar.

La sentencia del Caso Rosendo Cantú y otra vs. México fue dictada el 31 de agosto de 2010. Los hechos se refieren a la presunta violación sexual de la indígena del Estado de Guerrero, Valentina Rosendo Cantú, el día 16 de febrero de 2002, así como a las deficientes investigaciones realizadas posterior a esos hechos y la imposibilidad de la actora para que las investigaciones pertinentes fueran realizadas por autoridades civiles. De acuerdo al razonamiento seguido por este organismo en el Caso Rosendo Radilla, se decidió que la violación sexual de una indígena no guardaba en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense, sino con la integridad personal de la víctima.⁶²⁶ El Estado fue condenado por la violación a los derechos de integridad personal, dignidad y vida privada.

Aunado a lo expuesto previamente, se determinó que el referido artículo 57, párrafo 2, inciso a), en el cual se apoyaba la competencia de la jurisdicción militar para investigar y perseguir el caso, incumplió con el derecho a una tutela de justicia efectiva consagrado en la CADH. En este sentido, la solicitud de la CIDH al estado mexicano es en el mismo sentido que en el Caso Rosendo Radilla: “reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana...”⁶²⁷.

⁶²⁶ SCIDH Rosendo Cantú vs México, párr. 161. En lo que respecta a la investigación respectiva la CIDH sostuvo: “... el Tribunal observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Rosendo Cantú. Asimismo, la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Rosendo Cantú, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación. Sobre este aspecto, la Corte destaca lo señalado por la perita Arroyo Vargas, durante la audiencia pública del caso, respecto de que en “caso[s] de violencia sexual, los estándares mínimos [de recopilación de pruebas] tiene[n] que ser la inmediatez y la celeridad”.

⁶²⁷ SCIDH Rosendo Cantú vs México, párr. 222.

Por su parte, el caso Inés Fernández Ortega vs México, aborda otro asunto relacionado con el fuero militar. Se trata de una violación sexual cometida por miembros del ejército mexicano en contra del mismo nombre. La sentencia fue dictada el 31 de agosto del año 2010, casi a la par del asunto presentado anteriormente. Los hechos ocurrieron el 22 de marzo de 2002, en la casa de la víctima, en compañía de sus hijos, los cuales únicamente alcanzaron a presenciar la llegada de los militares al domicilio cuando apuntaron con armas a su madre para que respondiera sobre cierta información.

Tiempo después, la víctima interpuso la denuncia penal correspondiente, llevándose de una manera lenta y negligente las subsecuentes diligencias, ocurriendo una de las cuestiones más ominosas y lamentables del proceso: durante la investigación se perdió la prueba pericial relativa al líquido seminal encontrado en la víctima, situación que fue reconocido por el Estado y considerada como una negligencia bastante grave por la CIDH.⁶²⁸ Finalmente, se condenó a México por la violación de los derechos de integridad personal, dignidad y vida privada, así como los artículos relacionados con la Convención Interamericana para Sancionar y Prevenir la Tortura, en perjuicio de la víctima.

Como sucedió en los casos relatados previamente, las investigaciones fueron remitidas al fuero militar, para que este continuara con la averiguación y castigo de los culpables.⁶²⁹ La CIDH reiteró de nueva cuenta lo dicho en la sentencia de Radilla Pacheco, al afirmar que la tortura en contra de la víctima no

⁶²⁸ SCIDH Fernández Ortega y otros vs México, párr. 112. En el mismo sentido se encontró la argumentación, relativa a la debida averiguación para esclarecer la violación a los derechos humanos: “197. La Corte observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad en varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Fernández Ortega. Asimismo, la carencia de recursos materiales médicos elementales, así como la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Fernández Ortega, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación.”

⁶²⁹ El día diez de enero de 2014 se dio a conocer la averiguación y acusación penal en contra de cuatro integrantes del ejército mexicano por su presunta participación en los hechos descritos. <http://amnistia.org.mx/nuevo/2014/01/10/el-procesamiento-de-cuatro-integrantes-del-ejercito-en-relacion-al-caso-de-valentina-rosendo-e-ines-fernandez-es-un-hecho-positivo/> Fecha de consulta: 13 de enero de 2014.

se encontraba relacionada con la disciplina militar, motivo por el cual el Estado mexicano fue condenado.⁶³⁰ Conforme con lo anterior, se solicitó al Estado que las personas pudieran contar con un recurso efectivo para impugnar la intervención de la jurisdicción militar, así como la revisión al mencionado artículo del Código de Justicia Militar y la interpretación del artículo 13 Constitucional, referente al fuero militar.

Los pronunciamientos de este organismo internacional son un indicativo bastante negativo acerca de la ineffectividad de los recursos internos para impugnar la competencia del fuero militar. La argumentación de la SCJN, como se ha visto, estuvo circunscrita al aspecto netamente formalista, pero se requirió del pronunciamiento de la CIDH para modificar esta visión legalista de los derechos de las víctimas en un proceso penal, en consonancia con la solicitud de una interpretación convencional de la ley impugnada a la luz de la CADH.⁶³¹

4.2.1.2 La posterior declaratoria de inconstitucionalidad del fuero militar en relación con las violaciones a derechos humanos cometidas por militares en contra de civiles

Tal y como lo indiqué arriba, la declaratoria de inconstitucionalidad sobre fuero militar ha sido realizada recientemente en el debate suscitado por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, el 14 de julio de 2011, como consecuencia de las distintas decisiones emitidas por la CIDH (descritas en la sección previa). En esta sentencia se concluyó que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia podía operar la jurisdicción militar, porque, cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para

⁶³⁰ SCIDH Fernández Ortega y otros vs México, párr. 239-240.

⁶³¹ Al respecto, versión estenográfica de las sesiones de 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Caso Radilla Pacheco.

efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

Por consiguiente, el artículo 52, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, resulta incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículo 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.⁶³²

Posteriormente, el 21 de Agosto de 2012⁶³³ este mismo órgano ha declarado la inconstitucionalidad del artículo del Código de Justicia Militar en cuestión, invocando el propio Caso Radilla, los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reforma constitucional sobre esta materia. En consecuencia, el criterio defendido a ultranza por la SCJN en un inicio (2009) sobre fuero militar sufrió un cambio radical y significativo como consecuencia de los argumentos invocados en la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

En este sentido, a pesar de haber empleado argumentos vanguardistas en esta última decisión, la SCJN no asumió su rol como garante de los derechos y libertades fundamentales de las víctimas en el momento procesal oportuno, sino que el cambio provino de los razonamientos de un organismo regional (CIDH), como consecuencia de las distintas resoluciones comentadas. Por estos motivos, considero que la decisión seleccionada ha representado un obstáculo significativo en el avance hacia un modelo argumentativo sólido, que dote de certeza los derechos de las víctimas.

⁶³² Párr. 40 a 43. Caso Radilla. Expediente varios 912/2010.

⁶³³ Hacemos referencia al Amparo en Revisión 133/2012 y 27 asuntos más, en donde se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar.

De esta manera, el debate ha sido pospuesto casi tres años más desde la primera negativa, lo que ha impactado en gran manera el sistema de derechos fundamentales en México. El principio de proporcionalidad en el análisis de las violaciones a los derechos fundamentales de las víctimas en los casos descritos ha sido a través del derecho a la tutela de justicia efectiva y los requisitos para que éste sea satisfecho: sencillez, efectividad e idoneidad, en contraposición a la ausencia de alguno de estos elementos en los sistemas de defensa de los derechos de las víctimas en el país.

4.3 El derecho a la vida en la jurisprudencia mexicana a la luz de la ponderación de los bienes en conflicto: aborto

El aborto es uno de los temas más delicados y complejos en cualquier Estado Constitucional, debido a su enorme dificultad e implicaciones éticas y jurídicas. El esquema argumentativo de la ponderación es un útil instrumento para resolver principios en conflicto, tales como la libertad sexual de la mujer, frente el derecho a la vida del no nacido. Para este efecto, el profesor MANUEL ATIENZA ha desarrollado un modelo con base en la teoría de principios que recoge de manera excelente su teoría de la argumentación, se trata de la autonomía, dignidad y utilitarismo restringido.⁶³⁴

El estado de la cuestión en el caso de despenalización del aborto consiste en determinar a partir de los principios de utilitarismo restringido, autonomía y dignidad de la persona humana (basado en la doctrina jurisprudencial alemana): “hasta donde es posible exigir a una mujer llevar a término su embarazo, y determinar cuando este hecho representa una carga tan fuerte que se traduciría

⁶³⁴ Principio de autonomía. Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta; principio de dignidad. Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio; principio de utilitarismo restringido. Es ilícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que le supone un daño), sin con ella: se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro y otros; se cuente con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría); y, se trata de una medida no degradante. ATIENZA, Manuel, “Juridificar la bioética una propuesta metodológica” en *Bioética, derecho y argumentación*, Palestra, Lima-Bogotá, 2004, pp. 33-80.

en un sacrificio inexigible, es decir, la posibilidad de que ésta pueda ser utilizada como un medio para obtener un beneficio apreciable para otros.”⁶³⁵

Al respecto, se plantean dos supuestos normativos similares entre los Tribunales Constitucionales de México y Alemania. Cabe precisar que he seleccionado un precedente de un país distinto a la nación española, debido a que el caso inicial aún no es resuelto por el TCE (referente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo) en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010; inclusive, en últimas fechas la normativa correspondiente ha sido motivo de un proyecto de ley para quedar como antes: por causa de peligro de salud de la madre y violación sexual.

A pesar de lo anterior, el supuesto normativo analizado por el TCFA es muy similar al resuelto por la SCJN, ya que se trata de la no despenalización del aborto dentro de los primeros tres meses de gestación. Al respecto, formularé un análisis detallado sobre los principales argumentos que la Corte mexicana utilizó para la justificación de dicha resolución, principalmente aquellos que se relacionan con el ejercicio de ponderación formulado por la Asamblea Constituyente del Distrito Federal que posteriormente avalaron los ministros en la sentencia recaída a dicha acción de inconstitucionalidad.

Sobre este punto, considero que el Tribunal mexicano ha retrocedido en la consolidación de su anterior precedente, donde otorgó el reconocimiento del derecho a la vida producto de la concepción; todo esto será analizado a la luz de la doctrina jurisprudencial alemana. Posterior a ello, efectuaré un análisis crítico sobre las leyes antiaborto, en contraposición al modelo formalista que fue empleado en la última resolución del Tribunal mexicano, para proponer finalmente una metodología de estudio acorde a valores y principios en conflicto, similar a la utilizada por el TCFA.

⁶³⁵ BverfGE 39, I de 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, de 28 de mayo de 1993.

En este sentido, el estudio que realizaré sobre el Tribunal germano está encaminado al estudio de la metodología en base a la ponderación realizada por este órgano jurisdiccional, es decir, el derecho a la vida frente al derecho sexual y reproductivo de la mujer. Cabe precisar que se trata de dos sentencias, ambas relacionadas una con otra, debido a que se trata de la despenalización del aborto dentro del primer trimestre de gestación; mientras que la segunda, se refiere a la aplicación posterior de dicha normativa a la reunificación alemana en 1990.

4.3.1 La ineludible colisión de principios constitucionales en el aborto: la débil ponderación de la SCJN (Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007) y su análisis con la despenalización del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203)

En esta sección estudio dos precedentes emblemáticos de la jurisprudencia mexicana y alemana. Debo aclarar que esta es la única resolución donde no comparo la jurisprudencia del TCE con la mexicana, debido a que aún no existe la resolución de aquel órgano jurisdiccional, aunado a la existencia de una reforma propuesta por la bancada del Partido Popular a finales de 2013, para reformar la Ley Orgánica que contempla el aborto bajo los mismos supuestos que en la despenalización del aborto en la ciudad de México, y así permitir sólo los supuestos de violación y peligro para la salud de la mujer embarazada.

El veintiocho de agosto de dos mil ocho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de más de diecisiete horas de sesiones públicas y la participación de filósofos, jerarcas religiosos, juristas, politólogos, entre otros ciudadanos de las más variadas posturas a favor y en contra de la legislación de la ciudad de México que despenalizaba el aborto, emitió la sentencia definitiva que reconoce la constitucionalidad de los artículos 144 al 148 del Código Penal de aquella entidad, los preceptos 16 bis 6, y su tercer párrafo; así como el 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud del Distrito Federal, con una votación a favor de 8 ministros y 3 en contra, del engrose presentado por el ministro José Ramón

Cossío,⁶³⁶ interpuesta por la CNDH y la PGR. Los preceptos impugnados establecen lo siguiente:

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo.

En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

⁶³⁶ El proyecto original fue encargado al ministro Salvador Aguirre Anguiano, el cuyo texto proponía declarar la invalidez de las normas sometidas a debate, ocho de los ministros de la Corte votaron en contra, y sostuvieron la constitucionalidad de la reforma. Posterior a ello, le fue encargado el proyecto al ministro José Ramón Cossío.

Los planteamientos que formula el Tribunal Constitucional mexicano para analizar la constitucionalidad de la legislación impugnada se centran en las siguientes consideraciones ¿tiene la Asamblea Legislativa del Distrito Federal competencia para legislar en materia de aborto? ¿es constitucional la definición de embarazo que realiza la Asamblea Legislativa? ¿atenta la reforma penal contra los derechos a la vida e igualdad? A continuación, analizaré cada uno de los planteamientos formulados, siguiendo la metodología de agravios realizada en la sentencia del tribunal mexicano.

Respecto al primer agravio, se determinó que las autoridades tenían la obligación de atender las solicitudes de interrupción del embarazo, y estos deberían practicar las interrupciones solicitadas en un plazo breve (5 días). En relación a la competencia del Congreso para legislar en materia de salud, la SCJN determinó que la Asamblea no invadía competencias con la reforma realizada, ya que se ejerció dentro de los límites que establece la misma Ley General de Salud.

Además, la normativa federal no establece alguna definición de embarazo que los legisladores locales se encontraran obligados a seguir. En adición a ello, la definición que aparecía en el Reglamento de esa Ley, únicamente era aplicable a efectos de investigación, pero la misma no era de carácter general. No obstante, aún cuando el legislador federal hubiera establecido en la Ley General de Salud una definición de embarazo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contaría con autonomía en materias de su competencia, como la legislación penal.

La sentencia recaída a las dos acciones contó con el apoyo mayoritario de ocho votos, pero con la incorporación de siete votos concurrentes (mayoría, con excepción del ministro ponente) y tres votos de minoría. La misma emplea una metodología un tanto tenue, respetando los márgenes de acción del legislador en torno al bien constitucional (feto), frente al derecho a la libertad sexual de la mujer, que resulta un tanto evasivo del problema moral que implicaba analizar el conflicto entre los principios constitucionales enunciados.

Pero el argumento más evasivo se encuentra en el planteamiento sobre la violación al derecho a la vida. En este punto, se determinó que la Constitución mexicana no reconoce un derecho a la vida “en sentido normativo”, pero una vez que existe “vida”, el Estado se encuentra obligado a promoverla y a desarrollar las condiciones para protegerla desde el momento de la concepción. Los sucesivos planteamientos relativos a la violación del derecho a la igualdad tanto para el hombre y mujer, se determinó que los varones no les perjudicaba, esencialmente por la singularidad de la posición de la mujer, que justifica que sea ella quien decida.

Sobre los restantes agravios concernientes a la violación de los principios de legalidad, certidumbre, exacta aplicación de la ley penal y penas desproporcionales, se dijo que los citados artículos eran suficientemente claros. Respecto a si las penas resultaban desproporcionales, se concluyó que se trataba de una atenuación de una pena a la mujer que consienta o se le practique su aborto después de las doce semanas, lo cual, desde mi perspectiva, constituye otro de los argumentos para negar la existencia de una posible colisión entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y los derechos del feto. En relación con los criterios jurisprudenciales de países como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, España y Colombia, manifestó lo siguiente:

En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada punible.

El primer argumento para desnaturalizar el debate sobre una posible colisión, inicia con el planteamiento de si existe un derecho a la vida en la Constitución mexicana. Inicialmente se lleva a cabo un estudio relacionado con los Tratados Internacionales y la interpretación sistemática para encontrar una posible

existencia del derecho a la vida. La conclusión resulta demasiado curiosa, ya que después de un proceso muy denso desde la perspectiva argumentativa, se concluye:

La Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promoverla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

Uno de los primeros cuestionamientos sobre el argumento previo puede residir en lo siguiente ¿existen derechos fundamentales en sentido normativo y extranormativo? Más raro aún resulta el argumento sucesivo que dice: “no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico”.

Desde mi perspectiva, no se trata de justificar o la existencia de tipos penales mediante el mandato expreso de normas constitucionales o de derecho internacional que obliguen a la autoridad a criminalizar determinadas conductas (pp. 158-160), sino de reconocer la existencia de determinados derechos y principios fundamentales, con el objeto de confrontar ambos, y determinar hasta donde resulta razonable perseguir determinadas conductas penales, a la luz de las propias reglas del principio de proporcionalidad.

La existencia de obligaciones para el legislador de penalizar conductas, de prohibición sobre la no criminalización de conductas relativas a la violación al principio de igualdad y no discriminación, por alguna de las causas establecidas en el artículo primero de nuestra Constitución, resulta una de las principales condicionantes para respetar el “ejercicio democrático” de la Asamblea Legislativa

de la Ciudad de México, ya que solo se reconoce la constitucionalidad de algo que previamente había sido considerado válido, pues se trataba del ejercicio democrático del legislador de aquella entidad. Posterior a esto, se realiza una apología de cada uno de los argumentos del constituyente al momento de aprobar la reforma.

De la página 182 a la 186 de la sentencia en comento, el Tribunal decidió que el legislador del Distrito Federal había realizado un “ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático (véase pág. 183)”. No obstante, el mencionado ejercicio de ponderación resulta ser muy tenue y evade el posible análisis frontal conforme a un esquema de ponderación entre derechos y bienes constitucionalmente tutelados. Concluyendo su postura, la Corte determinó que no existía un mandato constitucional que obligara al Congreso a penalizar dicha conducta. Además, la ponderación realizada por ellos, había resultado acorde a los principios democráticos (nótese el énfasis en el principio democrático).

En torno al agravio relativo al principio de igualdad, no hay mucho que decir, pues la resolución insiste en que el legislador democrático, ya había definido cuales eran las conductas que deberían ser penalizadas en el caso. Y en caso de hacer lo contrario, “cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones u obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal”.

En definitiva, la decisión contiene argumentos evasivos, sin ir más allá del mero reverencialismo al principio democrático, dejando de lado el principio de supremacía constitucional. Incluso, resulta difícil encontrar la *ratio decidendi* de la propia sentencia. Otra de las cuestiones que más llaman la atención, es la invocación a la coherencia del sistema constitucional, a través de la cita de una jurisprudencia que ha aparecido en otros proyectos ya analizados (y posteriores) en este trabajo: CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA

JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL.⁶³⁷

El fundamento del planteamiento defendido con antelación, reside en la peligrosa invocación de dicha jurisprudencia para sostener posteriormente que no puede, conforme a un ejercicio de ponderación, declarar que un derecho o bien constitucional (ya sea de la vida del producto de la concepción o de la madre) prevalecen el uno sobre el otro. Este miedo puede deberse a dos situaciones: la primera, es el respeto al principio democrático (constituyente), así como la subsecuente tensión que generaría una decisión o un análisis del trabajo del legislador democráticamente electo; la segunda cuestión reside en el miedo a dejar insubsistentes a través del juicio de ponderación, alguno de los derechos fundamentales que prevalecieran sobre el caso en particular.

Ahora bien, me ocuparé del estudio de cada uno de los votos concurrentes y de minoría de la resolución en comento, que por extraño que parezca, con excepción del ministro ponente, elaboraron esquemas argumentativos distintos al expuesto en la versión definitiva que consta en la sentencia.

El primer voto concurrente es el del ministro Genaro David Góngora Pimentel. El primer argumento trata de explicar la existencia de dos principios en colisión “sin duda, existe un importante conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo entraña en su cuerpo”. Más adelante, se otorgan datos relativos a abortos ilegales en México, que tratan de demostrar que la penalización del aborto causaría una discriminación en contra de

⁶³⁷ La localización, rubro y texto de la citada tesis, es el siguiente: Octava Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: V, Primera Parte, Tesis: XXXIX/90, página: 17. El texto es el siguiente: *De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.*

la mujer, además de violar su derecho fundamental a la sexualidad libre y responsable.

En adición a esto, se trata de dotar de contenido al derecho de la mujer y al producto de la concepción, a través del molde silogístico clásico, a través del análisis de la distinta normatividad interna e internacional, concluyendo que el derecho a la intimidad de las mujeres, resulta vulnerado cuando el Estado impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, además de colocarla en un estado de desprotección, ya que, ante el temor de una acusación, prefiere no acudir a servicios médicos. El autor del voto propone en su parte final, crear un bloque de constitucionalidad en torno al posible reconocimiento o vinculación de los derechos de la mujer, pero sin ahondar más sobre el criterio específico que pretende que se declare dentro de este bloque de constitucionalidad, como pudiera resultar el derecho al libre desarrollo sexual, traducido en derecho a abortar, bajo ciertos parámetros constitucionales.

Por otra parte, el voto concurrente del ministro Sergio Valls Hernández es uno de los que se encuentran mejor estructurados. Al principio, reconoce una posible colisión entre la vida del producto de la concepción y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Para fundamentar lo anterior, el autor del voto destaca la legislación y los pronunciamientos internacionales que existen al respecto.

Asimismo, cuando hace referencia a los derechos de autodeterminación reproductiva, refiere que debe existir una intervención mínima del Estado sobre esta situación, y respetar los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. De lo contrario, afectaría en forma desproporcionada los derechos de aquéllas. Y más adelante, advierte un argumento muy parecido al empleado por el Tribunal Constitucional germano: “tal regulación debe comprender las hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos de la mujer embarazada [...] es

decir, los supuestos en que la interrupción del embarazo no configura el delito de aborto, o bien, su despenalización”.

En este sentido, el citado ministro sostiene que el reconocer a la vida del feto como absoluta, menoscabaría o restringiría los derechos de la mujer, violando su dignidad humana por considerarla un mero instrumento reproductivo. Asimismo, las razones que da a favor de ello, es que el legislador le compete establecer una política criminal, conforme a las situaciones que imperen en determinado momento, por lo que si el legislador ha decidido redefinir el concepto de aborto, a partir de la duodécima semana de gestación, es con la finalidad de equilibrar tanto la protección de la vida en potencia, así como el libre desarrollo personal, dignidad, derecho a la salud mental y física de la mujer.

El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo formula otro voto concurrente. En su primera parte, expone las razones de “hermenéutica constitucional” que argumentan su postura. Sin embargo, en su argumentación únicamente observamos reglas duras que van descartando situaciones particulares. En un primer momento, se argumenta de manera teleológica, para tratar de encontrar una justificación en donde se desprenda la protección de un derecho al producto de la concepción, concluyéndose que: “no hay una sola regla en el texto de la Carta Magna que establezca un protección directa al producto de la concepción”. De igual forma, cuando se trata de resolver el problema de fondo se termina resolviendo que: “se trata de una despenalización, por decirlo de alguna manera, que no infringe regla alguna, ni los valores que establece la Constitución, porque ninguna regla obliga al legislador a penalizar conductas de particulares”.

Sin duda, lo más absurdo de la argumentación es la última parte de lo transcrito, ya que, de acuerdo al puro estilo formalista, se trata de resolver un problema de constitucionalidad dentro de un molde de legalidad. Es decir, tratando de buscar reglas duras en la Constitución, sin realizar verdaderos ejercicios de hermenéutica constitucional en base a principios constitucionales. Es más, sin

entender si quiera qué son los principios, o la misma “hermenéutica” que se invoca.

El siguiente voto es del ministro José Fernando Franco González Salas, también de mayoría, expone inicialmente que hará un juicio de ponderación y se dedicará a resolver cuál de los dos derechos o principios prevalecen, bajo argumentos “estrictamente constitucionales”. Para resolver la citada ponderación (como se hace en el proyecto aprobado) se realiza una apología al ejercicio de ponderación del legislador democrático, señalando que debe respetarse, ya que, de lo contrario se establecería una carga desproporcionada para la mujer embarazada.

El voto de la ministra Olga Sánchez Cordero (concurrente), es el que mejor construye una argumentación en base al principio de proporcionalidad (cabe señalar que la propia juez fue la autora de la primera sentencia sobre aborto en México en el año 2000). Su argumentación inicia magistralmente afirmando lo siguiente: “estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso”. Satisfecho el requisito de entender el funcionamiento del principio de proporcionalidad, la autora señala cuáles son los pasos a seguir para resolver un conflicto de derechos (subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Sobre el primer subprincipio (adecuación), se advierte.

La medida que no criminaliza la interrupción del embarazo, sí resulta una medida idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres previamente mencionados, porque sólo ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin la criminalización de su interrupción, implementando a su vez, medidas que optimicen las condiciones de atención médica que protejan su vida y su salud, sin que de modo alguno esa posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres, esto es, ni

continuar con un embarazo no deseado, ni interrumpirlo de manera forzada; así como tampoco, facultar a la autoridad para privar de la vida.

En cambio, la medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción, no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a un aborto, solamente que en condiciones riesgosas para su vida y su salud. En ese orden de ideas, la penalización es totalmente ineficaz para salvar vidas, pues inclusive podemos inferir que en los lugares y épocas donde existe, es mayor el número de abortos que en aquellos donde se permite esa interrupción, y es más, lejos de salvar vidas provoca más muertes, las de las mujeres que se someten a abortos clandestinos.

Otro de los puntos torales en su argumentación, es el balanceo o aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) entre los principios constitucionales en conflicto.

Lamentablemente, en el otro extremo de la balanza también habrá de reconocerse que la posibilidad de interrumpir un embarazo hasta la duodécima semana de gestación, constituye la medida más dañina para el derecho a nacer del producto de la concepción, pues niega de raíz ese derecho. Sin embargo, debe reconocerse que, al establecerse la temporalidad para la práctica de un aborto, ello encuentra sustento científico y también en el hecho de que entre mayor sea el tiempo de gestación, mayor será el peligro para la vida y la salud de la mujer y, a menor tiempo de gestación, ese riesgo será menor.

...

de seguirse un juicio de ponderación, de proporcionalidad en sentido estricto, debido es concluir que prevalecen en el caso concreto los derechos fundamentales a la salud, vida y libertad de las mujeres, por encima del derecho a nacer del producto de la concepción...

El razonamiento que sostiene tal conclusión encuentra a su vez soporte en el hecho de que la culminación del embarazo es únicamente una posibilidad, en

tanto que la afectación producida por la imposición del embarazo es una realidad, como real es el peligro al que se sometería a las mujeres en su vida, salud y libertad con la penalización.

Sin duda, este es uno de los pocos votos que sostiene, a través de una argumentación clara y sin evasivas, los conflictos de derechos o bienes constitucionales. Asimismo, atiende a la aplicación del *principio pro homine, pro libertate y pro legislatore*. En este tenor, no evade el problema moral o axiológico que subyace al mismo, ya que más adelante refiere realiza una pequeña síntesis sobre el empleo de la ponderación para determinar qué valor o principio pesa más en este conflicto en particular, atendiendo a las circunstancias particulares y justificando de la manera más racional posible la decisión.

La única situación que está ausente, es la causa razonable (desde nuestra perspectiva) que debe exigírsele a la mujer embarazada al momento de abortar, ya que, siguiendo la jurisprudencia comparada, pudo haber sido ilustrativo para fundamentar mejor el voto concurrente, la fórmula de no imposición de cargas desproporcionales a la mujer, que impliquen para ella un sacrificio excesivo.

El siguiente voto es uno de los más legalistas de todos, lo formula la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos (a favor). En primer término, niega que se trate de un problema de verdadera constitucionalidad, motivo por el que me encuentro en desacuerdo. En segundo lugar, porque la metodología propuesta para analizar un problema complejo es bajo un esquema de legalidad. Al respecto, se precisa que se trata del análisis relativo a la comisión de un delito, por lo que no resulta un tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías de parte de la autoridad.

En adición a ello, niega la posibilidad de que la ponderación realizada por el legislador para determinar qué conductas deben ser tipificadas como delitos, no pueden considerarse constitucionales o inconstitucionales, sino que simplemente no son materia de constitucionalidad. Por consiguiente, lo que proponía la ministra era desechar el proyecto por considerar los agravios esgrimidos como inoperantes. Es decir, no entrar si quiera al fondo del asunto que fue planteado a los ministros.

El último voto concurrente para análisis, es el del ministro Juan Silva Meza. En primer lugar, disiente del proyecto mayoritario porque reconoce que en la resolución final no están claros y bien precisados los derechos constitucionales que están en conflicto. De igual forma, formula la crítica sobre el no reconocimiento del derecho a la vida. En los argumentos expuestos, propone realizar un juicio de ponderación (que no encuentro en ningún momento). El voto cuenta con buenas intenciones y realiza una pequeña aplicación del principio de proporcionalidad, muy parecido al de la ministra Olga Sánchez Cordero.

Finalmente, el voto de minoría, lo elaboran los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano⁶³⁸, Mariano Azuela Guitrón y Guillermo Ortíz Mayagoitia. De acuerdo al planteamiento realizado, se critica el hecho de que el autor del engrose (ministro José Ramón Cossío), sea el único que haya establecido que la Constitución mexicana no reconocía el derecho a la vida. Sobre este punto, se criticó el hecho de haber suspendido el precedente constitucional establecido en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en donde se consagró por primera vez la protección constitucional del derecho a la vida del producto de la concepción.

⁶³⁸ El primero de los ministros referidos arriba, se encargó de formular el proyecto original que fue desechado. Al respecto, cabe señalar que su propuesta era en base al juicio de ponderación. En donde, se proponía declarar la inconstitucionalidad de la normatividad impugnada, en atención a que se nulificaba por completo el derecho a la vida del nasciturus y existían medidas alternativas, como dar en adopción al bebe.

Sin embargo, el proyecto sostiene una afirmación radical, ya que atiende al carácter absoluto del derecho a la vida. En este sentido, es donde se condicionan el resto de los derechos fundamentales. Esta postura me parece ortodoxa, ya que sostiene de manera tajante que un derecho es absoluto y no tiene límites, negando en consecuencia la posibilidad de una ponderación entre los derechos de la madre y los derechos del feto.

En esencia, lo que sostiene el citado voto es que no se está ante un conflicto de derechos, sino ante “un conflicto de la mujer que pretende sustentarse en supuestos derechos para hacerlos prevalecer sobre el derecho auténtico de la vida del nasciturus”, ya que se trata de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad sexual condicionada por el artículo cuarto a ser ejercida de manera responsable.

Bien lo pudo advertir el proyecto de minoría, la mayor parte de los ministros, incluso los que votaron a favor del proyecto, pensaban que era adecuado reconocer la existencia de un derecho a la vida, incluso, la posible ponderación de derechos o bienes constitucionales en conflicto. Sin embargo, la SCJN perdió una gran oportunidad de ejercer el verdadero control constitucional que presume ejercer, mediante el empleo de la ponderación entre los derechos en conflicto. A continuación, presentaré el debate relacionado con el reconocimiento del embrión como un bien constitucionalmente tutelado y la postura del TCFA.

La primera sentencia analizada se trata de la despenalización del aborto dentro del primer trimestre de gestación, ésta se relaciona con la reforma al artículo 218 del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch – StGB -), correspondiente a la versión del quinto estatuto para la reforma del derecho penal, de 18 de junio de 1974. La reforma titulada “Regulación de Plazos” (Fristenregelung) fue realizada en la época del gobierno socialdemócrata del canciller Herbert Karl Frahm (Willy Brandt), además de ser impulsada por los movimientos feministas durante la década de los setenta. La legislación establecía lo siguiente.

Artículo 218

Interrupción de embarazo

1. Cualquiera que interrumpa un embarazo después del décimo tercer día posterior a la concepción, recibirá la pena de encarcelación por más de tres años o multado.

2. El castigo será de seis meses a cinco años si el actor:

2.1 Actúa en contra de la voluntad de la mujer, o

2.2 Desea causar un daño de muerte o un serio deterioro a la salud de la mujer embarazada.

Artículo 218^a

Excluyentes de la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas

Una interrupción de embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada, no es punible en los términos del artículo anterior, si no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción.

Esta legislación no alcanzó a entrar en vigor, debido a la suspensión concedida por el TCFA, tres días después de su aprobación, ante la acción de inconstitucionalidad promovida por la Unión Demócratacristiana. El 25 febrero de 1975 el artículo transcrito fue declarado inconstitucional, anulando el mismo por ser incompatible con los numerales 2, párrafo 2, (derecho a la vida), de manera sistemática con el artículo 1, párrafo 1, (principio de dignidad), ambos de la Constitución de aquel país.

A diferencia del la Corte mexicana, el TCFA estableció a través de una metodología clara su proceso para argumentar la inconstitucionalidad de dicha norma. En primer lugar, se determinó que la protección que otorgaba el artículo dos de la Constitución, debería incluir a la vida que se desarrolla en el seno materno (protección del feto), ya que de no hacerlo, la garantía de proteger la existencia humana frente a injerencias por parte del Estado, sería incompleta. Asimismo, otro de los argumentos torales de la decisión es el reconocimiento de la dignidad de la persona y la vida humana. Esta obligación para el Estado, deriva

del contenido jurídico objetivo de las normas garantes de los derechos fundamentales.⁶³⁹

La protección de la vida del nasciturus es reconocida a través de su reconocimiento a la dignidad (§ 36), ya que el derecho a la vida es el presupuesto de los demás derechos fundamentales, reconocidos por los artículos 1 y 2 de la LFB. Por consiguiente, la protección de la vida del feto goza de preponderancia durante el embarazo frente al derecho de autonomía de la mujer (Selbstbestimmungsrecht), situación que no podía ser cuestionada mediante la ley de plazos. Incluso, esta obligación deriva también frente a terceros (§ 42), pero reafirmando el derecho a la intimidad de la mujer embarazada, haciendo un ejercicio de ponderación sobre ambos principios en conflicto (§ 44).

Este último ejercicio de ponderación se enunció de acuerdo con la fórmula del contenido esencial de los derechos fundamentales, es decir, si era posible la compensación entre la protección de la vida del nasciturus y el derecho de la mujer, ya que la interrupción del embarazo, implicaría por sí mismo el aniquilamiento de la vida no nacida, preponderando por consiguiente los intereses del nasciturus, frente al libre desarrollo de la personalidad, con el de dignidad de la persona humana (§ 44), durante todo el embarazo.

Sin embargo, la cuestión ahora se limitó a precisar si el Estado tenía la obligación de utilizar el derecho penal para proteger la vida en gestación (protección suficiente). Advirtiendo que: “para responder dicha cuestión, no puede partirse de la pregunta simplista de determinar si el Estado se encuentra obligado a castigar ciertas conductas”. Para determinar lo anterior, el TCFA atendió a un análisis global del valor del bien jurídico protegido y al daño social causado por la conducta ofensiva, comparable con otras conductas de valoración equivalente. De igual forma, debía de atenderse a la función del derecho penal de proteger los

⁶³⁹ Ver párrafos 147 a 148 de la sentencia.

valores elementales de la vida comunitaria, dado que precisamente la norma penal debería constituir la última ratio dentro del instrumento del legislador.⁶⁴⁰

En tal sentido, la intervención del derecho penal a través del tipo penal de aborto es legítima, no obstante, el legislador únicamente se encuentra obligado a utilizar esta vía solamente cuando otras medidas no brinden la protección efectiva que le corresponde al bien jurídico (nasciturus) (§ 44 y 45). A pesar de la afirmación anterior, el TCFA reconoce la posible existencia entre bienes en conflicto, momento en que se realiza la ponderación respectiva. De esta manera, el legislador no puede exigirle a la mujer que continúe con su embarazo, ya que significaría una carga extraordinaria para la misma, en aquellas indicaciones ética, eugenésica y social.

Lo anterior, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación), argumentando en esencia, que el derecho a la vida del no nacido podría conllevar una carga que sobrepasara por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. Es decir, en aquéllos casos en que el legislador considerara que la conducta de la mujer no merezca ser castigada, y prescinda de los medios de una sanción penal, ello será resultado de una ponderación dentro de la competencia del legislador y deberá ser aceptada constitucionalmente.⁶⁴¹

Acorde a lo expuesto con antelación, se concluye que el embarazo es desproporcional, cuando de no darse la interrupción, la vida de la madre está en peligro o exista un peligro grave para su salud; motivo por el cual el legislador es libre para determinar aquellos casos excepcionales considerados graves. A pesar de la permisión del aborto por *situación de necesidad*, el TCFA consideró prudente prescribir al legislador el asesoramiento a la mujer embarazada de continuar con el mismo (§ 48-50), dentro de los primeros doce meses de gestación.

⁶⁴⁰ Ver párr. 154-159.

⁶⁴¹ Ver párr. 160.

La sentencia en comento contiene una serie de prescripciones para que el legislador ajustara el contenido de la norma declarada inconstitucional a la LFB, mismas que serían plasmadas posteriormente en las reformas a las normas penales. Al respecto, se precisa sobre la exigencia de un sacrificio que resulte desproporcional para la mujer embarazada, es decir, “aquella situación social general de la embarazada y sus conflictos familiares pueden ser de tal gravedad que no se pueda constreñir, mediante el derecho penal, a la embarazada a llevar a cabo sacrificios que estén por encima de un límite determinado” (§ 39).

De acuerdo con lo expuesto por el TCFA, se decidió reformar la ley penal para dejar sin castigo la interrupción del embarazo durante las primeras 12 semanas, mediante la reforma al artículo 218. Por este motivo, durante 1976 a 1992, estuvo vigente en la República Federal Alemana, la interrupción del embarazo por indicación médica, eugenésica o en casos graves (excepcionales) razón por la cual eran considerados antijurídicos, pero no tendrían pena alguna.

De esta manera, posterior a la decisión relatada, la amplitud de la interpretación del aborto por causa social o caso grave se convirtió en una salida para que las mujeres y médicos pudieran interrumpir el embarazo, bastaba que se comprobara una situación de emergencia o situación de necesidad de la mujer, motivo por el cual, desde la perspectiva del derecho penal, fue considerada como una verdadera causa de justificación.

Posterior a la reunificación de las dos Alemanias, se buscó la creación de una regulación única en materia de aborto mediante una combinación entre la ley de indicadores y la de plazos; de este importante debate, surgió la denominada “Ley para la Protección de la Vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo”, promulgada el 27 de julio de 1992. Dicha Ley calificaba de no antijurídica, la interrupción del embarazo para los casos de insostenibilidad del

embarazo por motivos graves (indicaciones médicas, criminológicas y embriopáticas), y:

1. Cuando la mujer embarazada solicite la interrupción del embarazo y compruebe al médico, mediante una certificación que se ha sometido a consejería por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención (consejería para la mujer embarazada en caso de una situación de conflicto y estado de necesidad);
2. La interrupción del embarazo se llevará a cabo por un médico, y
3. No han transcurrido más de doce semanas desde la fecha de la concepción.

La impugnación provino de varios parlamentarios que solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de dicha norma (concedida el 4 de agosto de 1992), dictándose la sentencia el 28 de mayo de 1993. La resolución reivindica lo expuesto por el TCFA en la resolución de 1975, mediante el reconocimiento de la dignidad humana de la vida en gestación, así como el establecimiento de una prohibición de la interrupción del embarazo.

Acorde a esta idea, el deber de protección para la vida humana del no nacido se determina a la luz de la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico en cuestión. En este sentido, se consideró que el Estado debía de adoptar medidas de carácter normativo y fáctico suficientes que condujeran a una protección adecuada y efectiva; por este motivo, no podía exigirse a la mujer un sacrificio que resultara excesivo para la misma (criterio de insostenibilidad).⁶⁴²

Por estos motivos, se consideró que el legislador no debía prescindir a su arbitrio del derecho penal, ya que el deber del Estado residía en la obligación de otorgar protección al nasciturus frente a los peligros que para su vida derivaran de su influencia del entorno familiar y social de la mujer embarazada o de las

⁶⁴² Párr. 144-149.

condiciones reales de la vida de la mujer –actuales y previsibles – y de la familia, que afectaran su disponibilidad de gestar y dar a luz.⁶⁴³

Sin embargo, en lo que respecta a la limitación del derecho del feto, se determinó que la protección de este bien constitucional no es absoluta, sino que está sujeto a la importancia del bien jurídico a proteger, así como de su necesidad de ser protegido, especialmente cuando se encuentran en juego los derechos de la mujer (dignidad y libre desarrollo de la personalidad).⁶⁴⁴ Sobre este punto, destaca el argumento relativo al subprincipio de adecuación y su modalidad de protección deficiente. Esto sucede cuando un derecho fundamental no es garantizado de manera adecuada, o bien, lo es de manera deficiente por el legislador. Al respecto, se debían cumplir con ciertas exigencias mínimas.⁶⁴⁵

1. La protección jurídica del feto exige que el alcance y los límites de las acciones por las que lícitamente pueden incluirse en la esfera jurídica exige que el alcances y los límites de las acciones por las que lícitamente puede incidirse en la esfera jurídica de otros estén definidos normativamente, y no queden al arbitrio de los implicados.

2. Un equilibrio que garantice la protección de la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada derecho a interrumpir el embarazo es imposible, pues la interrupción del embarazo implica siempre dar muerte al no nacido. Por lo que dicho equilibrio puede alcanzarse permitiendo que por un cierto tiempo del embarazo el derecho de la mujer a la personalidad prevalezca sobre el derecho del que está por nacer, y que sólo posteriormente el derecho a la vida del nasciturus tenga prioridad. En tal caso, el derecho a la vida del que está por nacer tendría vigencia únicamente cuando la madre no haya optado por darle muerte dentro de la primera fase del embarazo.

⁶⁴³ Parr. 154-156.

⁶⁴⁴ Párr. 153.

⁶⁴⁵ Párr. 158.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, este mismo órgano determinó que en vista de la relación o vínculo existente entre la madre y el hijo, el deber de la mujer no debía agotarse en el deber intensivo de gestar, ya que esto traía aparejado un deber de actuación y cuidado más allá del parto. Sin embargo, respecto a la exigibilidad, se determinó que la obligación de la mujer de dar a luz un hijo, no derogaba la obligación de proteger que tenía el Estado respecto de todo ser humano que se encontrara por nacer.

Asimismo, se enfatiza la necesidad de asistencia o asesoramiento previo, teniendo el carácter preventivo o protector, y encaminado a fortalecer el sentido de responsabilidad de la madre, sin perjuicio de la influencia y responsabilidades del entorno familiar y social. Lo anterior, con la finalidad de crear las condiciones favorables para que la mujer actúe en beneficio de la vida que está por nacer.⁶⁴⁶ De acuerdo a lo anterior, la asesoría deberá prescindir de una excusa absoluta fundada en el *estado general de necesidad*.

En este mismo sentido, deberá lograr una protección efectiva para garantizar a la mujer su posibilidad de actuar ante a la misma, pero sin necesidad de demostrar la existencia de circunstancias de excepción, motivo por el cual retoma el concepto de asesoría para las mujeres embarazadas, con la finalidad de concientizar sobre una maternidad responsable.⁶⁴⁷

Respecto a los derechos en conflicto, se determinó que no existían medidas alternativas para restringir en menor grado los derechos de la madre o del feto, ya que esto implicaría la muerte del mismo o el subsecuente nacimiento y las consecuencias de la maternidad para la mujer. Expuesto lo anterior, se estableció la necesidad de exigir a la madre una causa razonable para no sacrificar de manera desproporcional el bien constitucionalmente tutelado (vida del nasciturus).

⁶⁴⁶ Parr. 191.

⁶⁴⁷ Párr. 194.

4.3.2 La tenue e invisible ponderación de la SCJN en la resolución del aborto: inexistencia de principios constitucionales

Uno de los planteamientos fundamentales y que estuvo ausente en el proyecto aprobado por la mayoría fue el criterio extraído de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en donde se reconoció el derecho a la vida del producto de la concepción. El problema de las leyes antiaborto plantea un gran desafío para nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y tener en claro qué es lo que se pretende ponderar en un caso como estos, resulta muy relevante.

Para algunos autores, la dignidad humana ha sido utilizada indiscriminadamente por diversos autores, provocando de esta manera la pérdida de su sentido original, considerándola mera declaración retórica y programática. A pesar de esto, es bien sabido que la concepción moderna de dignidad humana proviene de la filosofía ilustrada kantiana, sintetizada en su fórmula: “ninguna persona puede ser tratada como un medio, ya que las personas son fines en sí mismas”.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad guarda íntima relación con la dignidad humana, dado que se refiere a las óptimas condiciones para que una persona pueda desarrollarse plenamente sin interferencias ilegítimas de parte del Estado. La Suprema Corte mexicana ha sido una de los pocos Tribunales Constitucionales en el mundo que ha declarado la constitucionalidad del aborto dentro de los tres primeros meses de gestación sin exigir ninguna justificación adicional al mero consentimiento de la madre, a diferencia del Tribunal Constitucional español o alemán respectivamente. La regla del tribunal germano por ejemplo, ha sido aquella relacionada con la exigibilidad del sacrificio, además del asesoramiento previo a la mujer embarazada.

Es decir, el sacrificio exigido a la mujer para obligarla a llevar su embarazo no debe representar una carga tan fuerte que se traduciría en un sacrificio inexigible para ésta. Asimismo, ambos tribunales constitucionales han concluido

sobre la necesidad de que el nasciturus, a pesar de no ser considerado persona o ser humano, sí deba contar con derechos tutelados a nivel constitucional, a fin de estar en aptitud de balancear o ponderar los bienes o valores constitucionales que se encuentran en juego, en este caso, los derechos de la madre⁶⁴⁸.

Otra regla que han empleado los mencionados órganos constitucionales ha sido precisamente aquélla en la que se determina que ningún bien constitucional o derecho fundamental puede ser considerado absoluto. Es decir, ni el feto puede gozar de un derecho absoluto a la vida como la madre y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. En este sentido, adquiere relevancia la prohibición de no instrumentalización del ser humano, así como la permisión derivada del principio del utilitarismo restringido descrita al inicio de este apartado.

4.3.2.1 Las consecuencias de las omisiones: inexistencia de criterios interpretativos y argumentativos para resolver el caso: “Leyes Antiaborto”

El debate en este apartado se centra en la discusión que ha surgido a raíz de la maximización o amplitud que el legislador local ha otorgado a los derechos del feto a través de una protección equiparable, a primera vista, a la que señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4. Ante esta situación, se encuentran los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que desde el punto de vista de algunos críticos, se ven reducidos con la extensión que otorga la legislación local al derecho a la vida humana desde el momento de la concepción.

De esta forma, la cuestión se centra entonces en determinar los criterios óptimos por medio de los cuales se otorga protección a ambos derechos en casos específicos, dicha solución proponemos que sea el juicio de ponderación, ya que

⁶⁴⁸ BVerfG, 2 BvF 2/90, de 28 de mayo de 1993. Especialmente: párr. 160 y 195. Disponible en: http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html
Lo anterior, de acuerdo a lo establecido previamente por la primera Sala de ese mismo Tribunal, el 25 de febrero de 1975. BVerfGE 39, 1.

se trata del conflicto de dos derechos o principios fundamentales: los derechos del feto ante los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. En este sentido, las llamadas “legislaciones antiaborto” son un conjunto de reformas a las Constituciones locales, donde se consagró el derecho a la vida del feto desde el momento de la concepción.

Estas leyes tienen su origen en el Estado de Puebla, cuyo artículo 26, fracción IV, de la Constitución Política de aquel Estado, así como al artículo segundo transitorio del Decreto publicado el 3 de junio de 2009, en el Periódico Oficial de aquella Entidad Federativa, expresan lo siguiente:

Artículo 26.- El Estado reconoce a la Familia como una institución fundamental que constituye una unidad política y social [...]

Los Poderes Públicos garantizarán el desarrollo integral de la Familia, [...] al tenor de los siguientes principios:

[...]

IV.- La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las Leyes...

Artículo segundo del Decreto: “Se derogan todas las disposiciones que se opongan al presente ordenamiento”.

El problema de la colisión entre dos principios o derechos constitucionales acontece cuando dos normas contemplan distintos derechos que se contraponen entre sí, situación que no ocurre en el presente caso por las siguientes razones. El legislador local, al momento de aprobar la reforma, no derogó la disposición establecida en el Código Penal (Código de Defensa Social) de aquella entidad que regula los distintos tipos de aborto eugenésico, terapéutico o moral, e incluso advierte: “salvo los casos previstos en las leyes”. Es decir, dejó subsistente el derecho a la madre a decidir sobre su propio cuerpo, situación que se encuentra regulada de manera negativa por medio de las causales de justificación o

exclusión del delito, consagradas en el artículo 343 del mencionado código punitivo.⁶⁴⁹

Dicho lo anterior, se infiere que el dispositivo que impone una pena al delito de aborto busca proteger los derechos del feto. A pesar de ello, las causas que permiten abortar a las mujeres embarazadas encuentran su justificación dentro de un margen de razonabilidad de la ley, es decir, exigen a la mujer justificar el embarazo no deseado dentro de los límites que el legislador consideró razonables (aborto eugenésico, moral o terapéutico), así como las facilidades que debe otorgar el Estado para llevarlo a cabo en caso de actualizar dichos supuestos, pero en ningún momento extiende dicha permisión en el caso del aborto moral más allá de dichas causales, tal y como sucedió con la despenalización del aborto en el Distrito Federal dentro de las primeras semanas de gestación, sin exigir ninguna causa que justifique el derecho a la mujer embarazada a abortar.

En el diario de debates de la reforma constitucional local de Puebla, destaca la discusión relacionada con los derechos del feto, en relación con la institución hereditaria y la necesidad de proteger a este último desde el momento de la concepción, argumento que fue empleado en reiteradas ocasiones por los congresistas que se manifestaron a favor del proyecto. Por otra parte, los legisladores que votaron en contra, manifestaron que dicho precepto implicaba que el legislador local legislara sobre el comienzo de la *vida a partir de la concepción (unión del espermatozoide con el óvulo)*.⁶⁵⁰ Al respecto, cabe precisar

⁶⁴⁹ El citado precepto establece las siguientes causas de justificación o exclusión del delito de aborto: I.- Cuando sea causado solo por imprudencia de la mujer embarazada; II.- Cuando el embarazo sea el resultado de una violación; III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; y V.- Cuando el aborto se deba a causas eugenésicas graves, según dictamen que previamente rendirán dos peritos médicos.

⁶⁵⁰ Ver la participación del diputado del Partido de la Revolución Democrática Melitón Lozano Pérez, páginas 99 a 103 del Diario de Debates de la Sesión Pública de 12 de marzo de 2009 del Congreso del Estado de Puebla. Disponible en: http://www.congresopuebla.gob.mx/web/debate/tmp/Sesion%20Publica%2012_marzo%202009.doc (Fecha de consulta: 22 de octubre de 2009).

lo establecido por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

ARTÍCULO 4.- Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Sobre este artículo en particular, el Estado Mexicano realizó una declaración interpretativa, manifestando: “Con respecto al párrafo I, del Artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”.

Como decíamos al inicio de este apartado, a primera vista, parecería que la Constitución de Puebla extiende el derecho a la vida, tal y como lo hace la citada Convención internacional, sin embargo, consideramos que existen varias diferencias que haremos notar a continuación. La Constitución de Puebla al establecer: “*La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las Leyes*”, no da a entender que en algún momento el legislador haya determinado que la *persona* comienza a tener *vida humana desde la concepción, momento en el cual comienza a gozar de sus derechos fundamentales*, y menos aún que la legislación penal que regula el aborto fuera a ser derogada, sino que únicamente *extiende la protección de los derechos del feto*, el cual, para los efectos que interesan, pudiera ser *considerado digno de protección en su calidad de vida humana, pero no una persona (ser humano)*. Este último criterio se ajusta incluso al único pronunciamiento que ha realizado la Suprema Corte al respecto.⁶⁵¹

⁶⁵¹ DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Tesis: P./J. 14/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002, p. 588. Derivada

Cabe precisar, que al momento de escribir el presente trabajo, existen principalmente tres Estados que sí han aprobado reformas en sus constituciones locales, en el sentido de redefinir claramente el concepto de persona humana, desnaturalizando por completo el sentido de la legislación al maximizar el derecho a la vida y minimizar los derechos de la mujer:⁶⁵²

- Constitución de Guanajuato. Artículo primero, párrafo segundo: “*persona es ser humano desde su concepción hasta su muerte natural*. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos”.
- Constitución de Querétaro (reforma de 18 de septiembre de 2009), que establece: “*reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, desde el momento de la fecundación, como un bien jurídico tutelado y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta la muerte*”.
- Constitución de Oaxaca (artículo 12), que consagra: “*todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural*”.

La reforma legislativa del Estado de Puebla, al ampliar y maximizar el derecho a la vida del feto, está acorde al canon constitucional, toda vez que no existe contradicción entre los derechos humanos consagrados, al establecer la extensión de la protección del derecho a la vida del feto y el tipo penal del aborto establecido en el Código Penal de aquella entidad federativa.

Sin embargo, eso no ocurre con los casos de las reformas legislativas a las Constituciones de Querétaro, Guanajuato y Oaxaca, donde se redefine el concepto de persona humana extendiéndolo más allá de lo permisible, incluso, desde la perspectiva de la misma jurisprudencia mexicana, como veremos más

de la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Esta acción la discutiremos en el siguiente apartado.

⁶⁵² De cada uno de las reformas expuestas, existen sus correspondientes controversias constitucionales que han sido interpuestas ante la Suprema Corte, la primera controversia constitucional (62/2009) fue interpuesta por el municipio de Uriangato en contra de la reforma a la Constitución de Guanajuato, la segunda (89/2009), presentada por el municipio de Arroyo Seco, en contra de la reforma constitucional de Querétaro, y la tercera, (104/2009) promovida por el municipio de Extaltepec, en contra de las reformas a la Constitución de Oaxaca.

adelante. Sin olvidar los precedentes resueltos recientemente por el Tribunal Constitucional mexicano en el año 2011, sobre los estados de Baja California y San Luís Potosí.

Pero en relación con las reformas legislativas de la mayor parte de los Estados de la República (al estilo de la Constitución de Puebla), cabe aún cabe precisar las siguientes cuestiones: ¿consagra la Constitución Federal un derecho a la mujer embarazada a abortar dentro de los primeros tres meses de gestación sin que exista causa justificada o razonable para ello?

Tal y como he precisado con antelación, las leyes antiaborto, especialmente las modificaciones a la Constitución del estado de Puebla que aquí se analizan: ¿menoscaban o restringen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, si dejan intocados los derechos sexuales y reproductivos de las mismas consagrados en los Códigos Penales como excluyentes del delito de aborto (terapéutico, eugenésico o moral)?

De acuerdo a lo resuelto por la Corte mexicana respecto de la despenalización del aborto en el Distrito Federal dentro de las primeras doce semanas de gestación: ¿existe en la Constitución Federal un derecho a la mujer a abortar dentro de ese lapso sin exigir otro requisito que la voluntad de la madre, o es necesario que existan restricciones adicionales al ejercicio de este derecho? Lamentablemente, este pronunciamiento estuvo ausente durante todo el debate, incluso, la misma SCJN decidió resolver invocando cuestiones de competencia legislativa, y decidiendo de manera conservadora sobre el respeto al principio democrático y su quehacer legislativo.

4.3.2.2 La negativa de reconocimiento del embrión como un bien constitucionalmente tutelado

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido un momento histórico para tomar una postura y resolver a través de una metodología más coherente, en base a la colisión de principios, su postura sobre un tema de gran trascendencia para toda la sociedad. En las sentencias relativas a las acciones de inconstitucionalidad, identificadas con las claves 11/2009 y 62/2009 se evadió de nueva cuenta el problema de fondo.

En estas resoluciones se impugnaba la inconstitucionalidad a los artículos 7º y 16, de las Constituciones de los Estados de Baja California y San Luís Potosí, respectivamente, donde se establece que el individuo concebido, debe reputarse para todos los efectos legales como nacido, y en términos similares el Estado de San Luís, al determinar que respetará la vida desde su inicio “en la concepción”, reconociendo (indirectamente) que la vida inicia a partir de esa etapa.

A pesar del nutrido debate en el Pleno de dicho organismo, y del proyecto presentado por el ministro Franco Salas a sus compañeros, dicha propuesta no alcanzó la mayoría calificada, requerida para declarar inconstitucional dichos preceptos, perdiéndose una gran oportunidad para consagrar una postura argumentativa más clara, y siguiendo directrices tanto internacionales como comparados en materia de derechos humanos de la mujer.

Ahora bien, si en el conflicto de las leyes antiaborto siguiéramos los mismos parámetros acordes a la metodología empleada en la acción de inconstitucionalidad sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, tendríamos serios problemas de forma y fondo que son absolutamente necesarios resolver. Ya que en respeto al principio democrático, se tendría que legitimar el ejercicio de ponderación realizado por el legislador local de aquellas entidades que consagraron o extendieron los derechos del feto más allá de lo que aún la Corte no ha definido claramente en un bloque de constitucionalidad, es decir, sobre la

posible existencia de la protección del derecho a la vida del nasciturus, situación que suponíamos había quedado clara en la jurisprudencia generada a partir de la sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 10/2000, donde se le reconoce como un bien digno de protección constitucional.

De acuerdo a los principios de derechos fundamentales aplicables al presente caso, las Constituciones locales pueden extender los derechos fundamentales, siempre y cuando no se encuentren en colisión o afecten de manera desproporcional a otros derechos. Es decir, ante una evidente y franca colisión con otros derechos, será necesario (y se encontrará legitimado) el control constitucional de las normas referidas. No solamente porque se trate de un asunto de mera legalidad, como lo ha descrito la Suprema Corte al resolver asuntos relacionados con las Constituciones locales (y despreciando su valor), sino porque en realidad se trata de la protección desmedida de los derechos del nasciturus, a costa de vaciar o volver nugatorio el contenido esencial del derecho a la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. En este sentido, la estructura de la ponderación en este caso en particular quedaría de la siguiente forma:⁶⁵³

1. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, el fin de las “leyes antiaborto” lo constituye la protección de los derechos del feto desde el momento de la concepción. Sin embargo, ante la posibilidad de colisión de los derechos del feto con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la finalidad de la norma invocada, de acuerdo a los precedentes de la misma Corte, se encuentra en colisión con los derechos del feto.

2. El *subprincipio de necesidad*, no existe un método alternativo para dañar en menor grado los derechos del nasciturus, sin afectar los de la madre, o viceversa.

⁶⁵³ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss.

Aunque existen posturas encontradas sobre la posibilidad de tener al niño y que el Estado se encargue de darlo en adopción.

3. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. Este es precisamente la identificación del tercer subprincipio señalado con antelación y básicamente se resume en lo que hemos dicho antes, acerca de la exigibilidad del sacrificio para la madre de obligarla a llevar el embarazo sin su consentimiento. En este sentido, a ésta última debe exigírsele una causa razonable que permita justificar o motivar la permisión administrativa o legislativa para abortar, de lo contrario, dicha permisión no respetaría el principio de proporcionalidad descrito previamente.

Considero que el bien jurídico constitucionalmente tutelado como el nasciturus no debe tener prevalencia o preponderancia desde la concepción y en todo momento durante el desarrollo de su embarazo, tal y como lo consagran las Constituciones de Querétaro, Guanajuato y Oaxaca. Estas reformas deben considerarse retrógradas y francamente violatorias de los derechos de la mujer en su vertiente de libre desarrollo a la personalidad, al interferir en su normal desarrollo psicosexual.

Ahora bien, lo que no debe buscarse es que el derecho a la madre sea puesto como un valor superior al del feto, debe buscarse entonces el mejor medio para justificar racionalmente cualquier decisión que se adopte, sea cual sea la posición de la Corte mexicana. En tal sentido, las conclusiones son las siguientes.

- El derecho a la vida no es absoluto.
- No es justificable constitucionalmente extender el concepto de persona humana hasta el momento de la concepción, para otorgar todos los derechos de una persona al no nacido, ya que menoscaba y restringe la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en casos concretos y sujetos a una ley de plazos, pero siempre bajo la asesoría y educación sexual de un médico.

- A pesar de lo anterior, el no nacido sí merece tener una protección constitucional, ya que este goza del derecho a la vida como de dignidad, incluso, dicha protección ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2000. De un ejercicio hermenéutico constitucional, no podemos desprender de la Constitución mexicana un derecho a abortar de la madre, dentro de los tres primeros meses de gestación sin exigir una causa razonable para ello, siguiendo los precedentes de Alemania y España respectivamente, tales como la asesoría de la mujer embarazada.

Las denominadas “leyes antiaborto” publicadas en varios estados de la República (con excepción de Querétaro, Guanajuato y Oaxaca y que siguen el modelo de la Constitución de Puebla), constituyen un conjunto de modificaciones a las Constituciones locales, que tienen como fin ampliar la tutela y protección de los derechos del feto. Por este motivo las “leyes antiaborto” (que siguen el modelo de la Constitución de Puebla), no colisionan con los derechos sexuales y reproductivos de la madre, específicamente cuando se trata de las causales de justificación del delito de aborto.

Sin embargo, pudieran existir distorsiones en la aplicación de las referidas normativas, tal y como sucedió con el Estado de Jalisco recientemente, donde esta misma entidad, acudió ante la Suprema Corte con la finalidad de impugnar una norma oficial mexicana sobre la obligatoriedad de los criterios relacionados con la atención médica de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres, sobre la distribución de la píldora anticonceptiva en los centros de salud estatales. A pesar de ello, esta evidente y franca colisión, fue nuevamente evadida (o quizá no impugnada por el actor, tal y como advirtió el ministro ponente) por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁵⁴, por lo cual, seguiremos aguardando con ansias el desenlace de estos casos trágicos ante la insuficiencia de agravios en las

⁶⁵⁴ Específicamente nos referimos a la Controversia Constitucional 54/2009, promovida por el Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco, en contra del Poder Ejecutivo Federal, demandando la invalidez de la “Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de Servicios de Salud”.

demandas que impugnan dichas leyes, o ante la insuficiencia de argumentos que justifiquen buenas decisiones.

4.4 La dignidad humana a través del derecho al honor e intimidad frente al derecho a la libertad informativa en México y España

Acorde a los criterios más recientes reconocidos por la SCJN, el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. De esta manera, se garantiza el derecho a recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio del mismo. Por este motivo, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.⁶⁵⁵

El Tribunal mexicano ha tenido ciertos claroscuros en la interpretación de este derecho fundamental, no obstante, ha diseñado un conjunto de reglas para su desarrollo en materia de límites o restricciones. En nuestro país, los artículos 6 y 7 de la CPEUM consagran el derecho a la libertad de expresión de manera oral, gráfica y escrita. De acuerdo con esto, los límites son aquellos establecidos por la moral y las buenas costumbres de una comunidad determinada.

Asimismo, el contenido esencial del derecho tiene una doble faceta, por una parte, asegura a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual, que deben ser respetados y protegidos por el propio Estado, y por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Aunado a lo anterior, estos derechos evolucionan en sintonía con las nuevas

⁶⁵⁵ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO; Registro: 172479; Tesis: P./J. 25/2007; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1520.

modalidades, entendidas éstas no como en un principio, en sentido literal (impresión), sino también a través del desarrollo de nuevas tecnologías.

Del contenido armónico de los artículos 6 y 7 constitucionales, se concluye que la libertad de impresión es una modalidad de la libertad de expresión, encaminada a garantizar su difusión. En este sentido, debe entenderse el derecho en sentido amplio y de carácter funcional, adscribiéndose no sólo la impresión tradicional en papel, sino también de modo electrónico, a través de medios de almacenamiento o vía satelital, que puedan hacerse del conocimiento del público en general, como las diversas formas audio/visuales -como lo es el cine y video- a través de las cuales puede desarrollarse la función que se pretende con la libertad de impresión.⁶⁵⁶

Por su parte, el derecho a la información se encuentra íntimamente relacionado con la libertad de expresión, ya que son derechos que gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional, además de constituir pilares indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática, por ende, este derecho es de carácter público e interés social. Una de las primeras reglas básicas es la prohibición de censura previa, garantía presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual debe responder a los fines previstos en su artículo 13, numeral 2, en el sentido de ser necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

La censura previa se concibe como la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación, la cual, a nivel convencional, está prohibida, en tanto limita la circulación libre de ideas y opiniones, permite la imposición arbitraria

⁶⁵⁶ LIBERTAD DE IMPRESIÓN. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN; Registro: 2001674; Tesis: 1a. CCIX/2012 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 509.

de aquéllas y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, de suerte que no se justifica su imposición.⁶⁵⁷ Sobre esta prohibición existen varias excepciones, contenidas en el párrafo 4, del mismo dispositivo, entre las que se encuentran: los espectáculos públicos (en aquellos casos de regular la protección de la infancia y la adolescencia. En sintonía con ello, también se determina la prohibición de propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En experiencias comparadas, el TCE ha manifestado que el ejercicio de la libertad de expresión encuentra una posición preferente, en relación con el derecho al honor, por ende, las restricciones que puedan derivarse a la libertad de información, deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. El derecho a transmitir información adquiere preeminencia, cuando se trate de hechos o personajes de relevancia pública con los que entra en colisión. De esta forma, el derecho a la libertad de información alcanza su máximo nivel de eficacia frente al derecho al honor.⁶⁵⁸

No obstante, la libertad de expresión no consagra bajo ninguna circunstancia un derecho al insulto. Siguiendo este hilo argumentativo, el Tribunal Constitucional Español ha puesto de manifiesto la diferencia entre libertad de expresión y el insulto, señalado lo siguiente: “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona. En otro lado, se encuentran las opiniones, es decir, los juicios de

⁶⁵⁷ CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACION Y A LA LIBERTAD DE EXPRESION, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCION CONTENIDA EN SU ARTICULO 13, NUMERAL 4; Registro: 2002720; Tesis: I.4o.A.13 K (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1329.

⁶⁵⁸ PANTALEÓN, Fernando, “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, Revista de Derecho Privado y Constitución, op. cit., pp. 209-218.

valor personales que no son formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan “opiniones inquietantes o hirientes”; esta opinión estaría desprotegida constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido la ironía, la sátira y la burla”.⁶⁵⁹

Es complejo precisar el contenido esencial de este derecho fundamental, inclusive, me atrevería a señalar que la definición de un contenido esencial mínimo, se encuentra relacionado la imposición de límites o restricciones a su ejercicio, a partir de la colisión con otros Derechos Fundamentales como lo es el honor, intimidad o privacidad. Sobre este punto, la SCJN ha reconocido la existencia de estos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros.

A pesar de ello, ha señalado también que las personas pueden hacer uso de este derecho recurriendo a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, aunque estas resulten ofensivas, perturbadoras, molestas, inquietantes o disgustantes. En tal sentido, no todas las críticas emitidas en este contexto resultan objeto de responsabilidad para quien las emite, ya que precisamente se pueden utilizar para criticar o articular una opinión en contra de una idea.

Entonces, los límites en este caso en específico, serían aquellos que prohíben al particular, expresar insultos o injurias, además de expresiones “inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aun cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas.” Conforme a ello, los criterios para establece que el derecho al honor prevalece sobre el de la libertad de expresión acorde a la SCJN, son los siguientes.

⁶⁵⁹ STC 105/1990.

a) Ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y, b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Respecto del citado contexto, su importancia estriba en que la situación política o social de un Estado y las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la significación ofensiva y aumentar el grado de tolerancia.⁶⁶⁰

Ha sido criterio fundamental y reiterado por parte de la CIDH, el relativo a que el derecho penal debe ser el último medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, en este caso, relacionado con los delitos de libertad de expresión.⁶⁶¹ Asimismo, este tribunal internacional ha sostenido que el ejercicio de la *ius puniendi*, para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho de la libertad de expresión se debe analizar con cautela y dependerá de las particularidades de cada caso.

Para ello, se debe considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.⁶⁶² De esta forma, la CIDH, determinó que “el ejercicio del poder punitivo del Estado ha resultado abusivo e innecesario para efectos de tutelar el derecho a la honra, cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué

⁶⁶⁰ Registro: 2003302; LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO; Tesis: 1a./J. 31/2013 (10a.); [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 537.

⁶⁶¹ SCIDH: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas)

⁶⁶² Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, supra nota 41, Pár. 78. Vid. Amparo en Revisión 2676/2003. Primera Sala de la SCJN. 5 de octubre de 2005.

conductas implican una grave lesión a dicho derecho... además que la tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio de derecho penal.⁶⁶³

Esta línea argumentativa ha sido utilizada en la decisión de los primeros asuntos concernientes a este tema, tal es el caso del Amparo Directo en Revisión 2044/2008, que recupera la tradición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *New York Times Co. vs Sullivan*, en asuntos relacionados con el derecho al honor e intimidad de los servidores públicos frente al ejercicio de información de los periodistas.

La resolución final de la SCJN destaca por su extraordinario análisis jurisprudencial comparado e internacional en materia del derecho a la libertad expresión. En ella se citan precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, Tribunal Constitucional Español, Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, así como las Observaciones de Naciones Unidas sobre la misma temática.

Se refiere a la publicación en un periódico de circulación regional de Acámbaro, Guanajuato, de una entrevista realizada a un ex servidor público de aquella municipalidad, donde concede una entrevista al Periódico “La Antorcha” y platica sobre distintas actividades que como chofer realizó cuando trabajó con el Presidente Municipal. Tiempo después el Presidente de aquél municipio presentó una denuncia penal, ya que las declaraciones, según el denunciante, le causaban deshonra, descrédito y perjuicio.

El destacable análisis de fondo que se realiza sobre los hechos mencionados: “1. El juego entre Constitución y ley. Constitución jurídica versus Constitución política”. Donde claramente se establece la estructura argumentativa en base a principios, citando incluso de manera implícita la postura de Alexy,

⁶⁶³ Ídem.

afirmando: “los derechos fundamentales [...] contienen un mandato de optimización, la instrucción de que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible”. En ese sentido, se determinó que los derechos a la libertad de expresión e imprenta eran principios fundamentales.

A pesar de la continua y progresiva protección del derecho a la libertad informativa, es importante referir que no en todos los casos donde se encuentre involucrada la libertad de expresión de un medio informativo o periodista, se podría considerar válida una ponderación, incluso una posición preferente del derecho a la información, por encima del derecho al honor e intimidad de los particulares. Esto puede observarse en algunos fallos donde han sido declarados responsables determinados medios informativos por publicaciones de terceros donde dañaban el honor de particulares.⁶⁶⁴

Los dos asuntos que presento a continuación abordan el conflicto entre ambos derechos fundamentales, así como la propuesta metodológica de resolución en base al principio de proporcionalidad, especialmente con fundamento en la ponderación de ambos principios que se encuentran en colisión. Lo que busco con lo anterior, es demostrar, que a pesar de las similitudes fácticas de ambos casos, así como de los derechos fundamentales en conflicto, la solución en ambos tribunales fue distinta, debido al posicionamiento diverso que otorgó cada institución judicial en ambos casos, aún cuando la colisión de principios era desde el punto de vista fáctico, más o menos la misma.

⁶⁶⁴ Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Primera Sala.

4.4.1 El caso “Martha Sahagún” y su análisis con el caso “Paquirri (Torero)” (STC 231/1988)

A continuación, analizaré dos casos emblemáticos para la jurisprudencia mexicana y española, relacionados con el ejercicio de la libertad informativa de los medios de comunicación frente al derecho al honor e intimidad de los particulares. El primer asunto deriva del expediente judicial civil por daño moral causado a Martha Sahagún, esposa del expresidente Vicente Fox Quesada, en contra de la Revista Proceso, resuelto por la SCJN el siete de octubre de 2009, identificado en el Amparo Directo 6/2009.

El motivo del asunto relatado se inicia con la publicación de un Reportaje en la Revista Proceso (Semanario de Información y Análisis No. 1478), titulado *Hasta que la Iglesia nos Separe e Historia de una anulación sospechosa*, donde se publicó un fragmento de la demanda eclesiástica presentada por la actora a la Iglesia Católica, con la finalidad de que se decretara la anulación de su anterior matrimonio, y con esto, poder contraer matrimonio nuevamente.

Por otra parte, el caso del TCE se refiere a la demanda interpuesta con motivo del reportaje de Francisco Rivera Pérez, conocido con el “Paquirri”, torero en España y ex esposo de Isabel Pantoja (una reconocida cantante española), el cual murió en una plaza de toros y cuyo reportaje fue transmitido en video, sobre la agonía de su ex esposo, a raíz de una corneada sufrida durante una tarde de corrida. Ambos casos contienen similitudes fácticas y normativas, debido a las circunstancias particulares en ambos asuntos, ya que se trata de la lesión al derecho al honor de ambos particulares.

Cabe precisar que el TCE hace una precisión sobre la extensión al derecho al honor e intimidad, que también involucra a los familiares de los afectados, siguiendo la línea argumentativa del TCFA. No obstante de las similitudes en ambos casos, es importante señalar que las consecuencias en uno y otro asunto son distintas, ya que mientras en el caso resuelto por el Tribunal mexicano, se

determinó que el derecho a la información prevalecía por encima del honor de la particular; el TCE determinó que el derecho al honor de la esposa del afectado, prevalecía por encima de la libertad informativa del medio de comunicación.

El primer caso analizado, se trata de la demanda civil por daño moral interpuesta por Marta Sahagún en contra de la periodista Olga Noemí Wornat, por el reportaje publicado en la Revista Proceso, Semanario de Información y Análisis No. 1478, de 27 de febrero del 2005, con el título en la portada: HASTA QUE LA IGLESIA NOS SEPARE, y a foja 8: 'HISTORIA DE UNA ANULACIÓN SOSPECHOSA'. El Reportaje en comento narra la relación que existía entre Vicente Fox Quesada y Martha Sahagún, primera dama en ese entonces. El reportaje impugnado contenía, entre otras líneas, lo siguiente.

Apenas este pasado martes 22, el presidente Fox volvió a abrir las puertas de su vida íntima cuando externó públicamente “mi amor por la señora Marta”, con la que forma, dijo, “una pareja enamorada” y con quien duerme tranquilo después de reflexionar con ella sobre los grandes problemas nacionales Y una vez más, el remate de la declaración fue el beso público al que recurren con frecuencia Desde el comienzo, Vicente Fox y Marta Sahagún pusieron su vida amorosa en el aparador Así lo decidió él, así lo decidió ella, así lo decidieron ambos desde que dejaron ver el romance que finalmente los llevó a unirse en matrimonio civil el 2 de julio del año 2001. De la misma forma, ambos expusieron sus experiencias conyugales anteriores y de igual manera la esposa del presidente dejó saber de la solicitud de anulación de su lazo matrimonial religioso con Manuel Bribiesca, el padre de sus tres hijos, la que ha sido concedida ya por la jerarquía de la Iglesia católica, con la participación decisiva del cardenal Norberto Rivera y del obispo Onésimo Cepeda La escritora argentina Olga Wornat, autora del best seller La jefa, tiene en preparación un nuevo libro, parte del cual está dedicado a Marta Sahagún, su familia, su divorcio y la anulación de su matrimonio religioso El siguiente texto está basado en esa investigación

...

Como anécdota en Zamora, Michoacán, en una fiesta una chica muy guapa de nombre ****N5**** comentó que su novio iba a llegar a México, y yo le pregunté: ¿Quién es tu novio?, y ella me contestó que ****N3****. Curiosamente en esos momentos también era el mío’.

Continúa ****N1**** con su relato:

‘Un dato que considero fundamental es que ****N3**** y yo tuvimos relaciones sexuales antes de casarnos, y con la huella moral y religiosa en la cual yo había sido educada, el haberme entregado sexualmente para mí era un peso moral enorme, ya que era una niña bien, y me sentía, por el hecho de las relaciones sexuales, obligada a casarme...’

‘La idea del matrimonio nació sin ninguna reflexión. Se le ocurrió a ****N3**** la idea de casarnos como consecuencia de las relaciones sexuales prematrimoniales. El planteamiento fue de él y yo lo acepté. Moralmente me pesaba ese contacto físico que habíamos tenido y, de hecho, yo creía que eso debería terminar en un matrimonio; por lo tanto, lo seguía permitiendo, ya que había un atractivo físico, pero sin amor.’

‘Mi familia al recibir la noticia de matrimonio reaccionó de la siguiente manera: mi mamá, como ya dije, se opuso y estuvo a disgusto. Mi papá me dijo expresamente: ‘deberías esperarte, ni siquiera eres mayor de edad, eres muy chica, aunque no eres tonta. Lo único que tienes a tu favor es que la familia ****N3**** es buena y tiene principios’. Mi madre me dijo expresamente: ‘Por qué te vas a casar, tienes algún problema?’ ‘Me quiero casar’, le contesté: Yo ya había tenido diez relaciones sexuales con ****N3****, sin cuidarnos y sin embarazo. Ahora veo que todo fue producto de una irreflexión total, que esta relación fue puramente emocional.’

‘Llegué a plantearme renunciar al compromiso y me permití salir con otro varón. Faltando un mes para la boda, salí con otro hombre. Con respecto a la fidelidad y a la perpetuidad, estas dos realidades ni siquiera se pensaban. Más bien yo asumía el ejemplo de mis padres: así tenía que ser, era una obligación

y un dogma. Llegamos a este compromiso con una economía muy débil. Mis padres fueron los que prepararon todo. Yo ni siquiera tuve anillo de compromiso.'

'No hubo viaje de bodas, ya que estuvimos dos días en Guadalajara, uno en Guanajuato, y de ahí nos fuimos a Chilpancingo, debido a razones económicas. Recuerdo que se consumó el matrimonio, pero no tengo clara memoria de esa noche, tampoco recuerdo la luna de miel como buena, y debo decir que no hubo una buena relación sexual, ya que para ****N3**** todo se redujo a sexo. Lo anterior lo recuerdo con mucho repudio. Debo mencionar también que ****N3**** bebía mucho y que no éramos pareja en la cama (sic); fue un viaje muy gris y no hubo algo que me hiciera vibrar de emoción. ****N3**** siempre había tenido un carácter rijoso y le gustaba el pleito. A mis 17 años eso es lo que recuerdo.'

'No me gustó vivir en Chilpancingo, Guerrero. Yo me quedaba sola, y por ser una mujer guapa, constantemente me seguían. Vivimos en una casa modesta y sin vecinos. Yo me encontraba en el "limbo", sola. Me encerraba o me iba al lugar de trabajo de ****N3**** y luego nos teníamos que hospedar en hoteles baratos. Allí tuve que hacer uso de parte de mis ahorros, porque ****N3**** en un pleito destruyó un parquímetro, había una multa que pagar y yo tuve que solventar esta situación.'

'Yo trataba de ir aceptando situaciones que no me parecían normales y que no me agradaban. Por ejemplo, a ****N3**** le gustaba los domingos estar en la cama teniendo relaciones sexuales y eso no me gustaba, era una conducta de sujeción y de tener sexo y más sexo, y esto me repugnaba. Su olor no me gustaba, su sabor tampoco me gustaba, ni su textura de piel. Rechazaba también su presencia y sus actitudes, pero equivocadamente no lo hablé, lo callé, asumí una situación de facto. Por su lado, ****N3**** insistía con esto fuerte, muy fuerte.'

'Debo contar también en conciencia que desde el inicio de este matrimonio hubo una falta de entendimiento profundo. Todo fue de dejar pasar una serie de situaciones incómodas. Aunado a esto, se presentaba continuamente el

problema de la bebida alcohólica por parte de ****N3****, y una falta total y absoluta de entendimiento en la intimidad.’

‘¿Por qué digo que hubo una falta de entendimiento profundo en la intimidad? Porque el sexo que tuvimos fue muy malo, poco cálido, muy frustrante, y esto traía mucho pleitos. Yo en esta área fui muy fría con él, ya que la sexualidad era a la fuerza, no había apetito sexual, no se me antojaba como hombre. En cambio ****N3**** era fogoso y erótico.’

El fondo del asunto se centra en determinar si la información publicada por la Revista Proceso constituía un material difamatorio o injurioso para Marta Sahagún, ya que revelaba cuestiones propias de su vida sexual, cuando ella era joven, dañando de esta forma su honor e intimidad. Finalmente, se falló a favor de la Revista Proceso, preponderando el derecho a la información por encima de los otros dos. Estoy en desacuerdo con el fallo emitido por la Corte, pues considero que no se siguió de manera debida la metodología de la ponderación y las reglas que ellos mismos plantearon al inicio de su análisis.

En primer lugar, se hace un análisis detallado sobre los principales estándares internacionales y comparados de las principales resoluciones de los conflictos resueltos en base a la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, llevados a cabo por la CEDH y la CIDH. Asimismo, destaca la invocación del derecho comparado, así como varias resoluciones del TCE y la CSUSA.

A manera de preámbulo, se busca seguir en la sentencia la metodología empleada en el amparo en revisión 2044/2008 (relatado previamente), principalmente las reglas de la ponderación para resolver el conflicto entre ambos derechos fundamentales, con la finalidad de determinar la probable responsabilidad la periodista. Para este efecto, se deben seguir seis pasos o fases en base a las reglas de la ponderación o subprincipios (relación idónea, necesaria

y proporcional). Así, los *parámetros* utilizados en el ejercicio de ponderación aplicados al caso en cuestión fueron los siguientes.

Se determinó que Martha Sahagún era una persona pública o notoriamente conocida, dado su carácter de primera dama (esposa del Presidente de la República en ese entonces), Presidenta de la Fundación “Vamos México”, miembro destacado del Partido Acción Nacional. Lo anterior, en relación con las distintas presentaciones en actos públicos. Por este motivo, se pasa a la siguiente fase, consistente en que el derecho al honor o reputación de Martha Sahagún, sería menos extensa de lo normal, ya que ella se colocó voluntariamente por su posición al escrutinio público. Hasta ese punto, mi opinión es favorable con el método empleado.

Una vez que se determinó que Martha Sahagún era una persona pública o notoriamente conocida, se procedió a tratar de encuadrar el contenido de la información publicado en la Revista. Me parece que es aquí donde reside el planteamiento más defectuoso de la sentencia, ya que no se examina con detenimiento por qué el contenido de la publicación pudo haber sido considerado de interés público, es decir, no se especifica de manera clara y precisa, si el hecho de que la información haya aparecido previamente en el libro titulado “La Jefa” constituía una información de interés público o no. Al respecto, comentaré algunos aspectos a detalle, antes de eso, analizaré un punto que me parece clave en la ponderación realizada.

Tal y como adelantaba, resulta imprecisa la ponderación realizada en un principio, en torno a los bienes o valores constitucionales en conflicto. No se precisa si el objeto de información tiene el carácter de público y tampoco se determina de manera clara si la información constituía un “reportaje de tipo neutral”, ya que en la resolución se califica la información sin ninguna reflexión ni detenimiento. Al respecto, en el proyecto aprobado destaca la posición de Martha

Sahagún como personaje de interés público y su ámbito limitado o restringido de su derecho a la intimidad.

La editora que publicó el artículo en cuestión no efectuó una intromisión ilegítima en la intimidad de la quejosa, aun cuando se trate de hechos tan personales y controvertidos, cuya revelación genere incomodidad o molestia.

Más aún, creo que la interpretación de comentarios hirientes o molestos, o juicios de valor formalmente injuriosos que realiza la doctrina jurisprudencial comparada e internacional están mal aplicadas al presente caso. En primer lugar, porque no se dice que clase de información estamos tratando; en segundo lugar, porque trata de encuadrar los hechos como “juicios de valor formalmente injuriosos” dirigidos a un servidor público, persona pública o persona de notoriedad pública. Sin embargo, considero que la teoría de los comentarios hirientes o molestos no aplica al presente contexto. Reitero, hubiera sido trascendental para el resultado de este fallo que la Corte se hubiese pronunciado sobre este respecto, situación que lamentablemente no hizo.

No obstante [...] aún ante la falta de consentimiento por parte de la quejosa, para que esa información en concreto fuera divulgada en un medio impreso, como la Revista Proceso, la sentencia reclamada no es ilegal [...] la editora que publicó el artículo en cuestión no efectuó una intromisión ilegítima en la intimidad de la quejosa, aun cuando se trate de hechos tan personales y controvertidos, cuya revelación genere incomodidad o molestia.

Finalmente, el último paso a seguir en el método de “ponderación” seguido en la sentencia era la “proporcionalidad en sentido estricto”, cosa que no advertí en ninguna parte de la sentencia, concluyéndose defectuosamente que:

El control ciudadano de la actividad de personas que ocupan o han ocupado en el pasado cargos públicos fomenta la transparencia de las actividades estatales [...] lo cual necesariamente hace que exista un margen mayor para difundir afirmaciones y apreciaciones consustanciales al discurrir del debate político o sobre asuntos públicos. Sin que pueda soslayarse, además, que la posición de la quejosa, le confería la posibilidad de contrarrestar las opiniones, críticas o juicios de valor que, en determinado momento, se divulguen en los medios de comunicación social.

Desde mi perspectiva, lo anterior resulta bastante criticable, ya que resulta que bajo esta posición un afectado (del derecho al honor o intimidad) tendrá ahora la obligación de replicar, sin haber dado pie a ello, los argumentos de un juicio de valor formalmente injurioso. Me pregunto, ¿no significará entonces dar pie a que sigan hablando de la vida privada cuando no se da pie a ello para iniciarlo? Dicho en palabras del Profesor Juan Antonio García Amado: ¿algún grado de ilicitud en la obtención de información puede afectar a la legitimidad del ejercicio del derecho, o son cuestiones plenamente independientes?⁶⁶⁵

De igual forma, en la sentencia no quedó claramente definida la magnitud o intensidad de la afectación del derecho al honor de Marta Sahagún que resultaba afectado, conforme al parámetro de intensidad leve, medio o grave que la misma teoría de la ponderación exige que se realice. Ahora bien, la intensidad de dicha protección dependerá directamente del contexto especial de cada caso al momento de aplicar el principio de proporcionalidad, ya que no sería lo mismo resolver un asunto sobre la violación al derecho a la libertad de expresión de una persona que no se encuentra en constante escrutinio de la opinión pública y otra que si lo está.

⁶⁶⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares", en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

A pesar de lo anterior, (y es donde reside la clave del caso) la actora (Martha Sahagún) se encontraba en la esfera límite de protección, sin embargo, las cuestiones relacionadas con su vida íntima (aspectos sexuales) no habían sido ventilados a la luz pública, motivo por el cual la hipótesis sobre el grado de protección mínimo recibido por la justicia mexicana, debía ser menor al derecho a la información de la Revista Proceso.

Otra cuestión de suma trascendencia al emitir la resolución final, fue el carácter que tenía la información difundida. Esto se vuelve una cuestión bastante compleja, pues se encontraba a debate si la información relatada en la sentencia se constituía como pública o no, conforme a los parámetros establecidos en la sentencia, se trata de información de interés del público, ya que dicha información (transcripción de la Sentencia Eclesiástica) había sido difundida previamente en una publicación (Libro “La Jefa”, cuya autoría es de Olga Wornat).

Al respecto, creo que materialmente los datos proporcionados en la publicación en nada ayudan a fomentar el debate público ni a la formación de una opinión que ayude al fortalecimiento de nuestra sociedad democrática. Creo que el principal motivo por el cual se niega el carácter de la información como interés público, es debido a que se manifiesta en la propia resolución que el denominado “reportaje de tipo neutral” no requería de algún pronunciamiento al respecto.

A pesar de esto, creo que aún sigue siendo incompleto dicho calificativo, ya que establecer que es un “reportaje neutral”, implica *per se*, que la información puede ser difundida al público, sin importar su contenido. Esto constituye un círculo vicioso por lo siguiente: ¿por qué se prepondera el derecho a la información sobre el derecho al honor de Marta Sahagún? La respuesta es circular: porque es un reportaje neutral, ¿y por qué es un reportaje neutral? Otra vez: porque satisface los requisitos de veracidad y relevancia pública ¿y por qué satisface dichos requisitos de veracidad y relevancia pública? Porque se limita a transmitir el contenido de la información de un artículo de un tercero; ¿por qué es

información de un tercero? porque se ha convertido en información pública. Pero eso no lo explicita la sentencia, ni lo advierte en ninguna parte, creo que el lesionar el derecho al honor constituye en igual medida, un agravio a las libertades concedidas en una sociedad democrática.

Aunado a ello, bajo el estándar que ya hemos establecido, la publicación por parte de la editora demandada, constituye un “reportaje neutral”, que satisface los requisitos de veracidad y relevancia pública, pues, *se limitó a difundir dicho artículo de la autoría de un tercero*, lo que no está en duda, y su relevancia ya ha sido demostrada; siendo destacable a este juicio, que lo que se demanda a la editorial, por la quejosa, como lesión en su intimidad, es la parte del referido artículo, en cuanto transcribe su demanda de nulidad religiosa; hecho que, lejos de ser cuestionado en este juicio de amparo ni el juicio civil, se reconoce por la quejosa, lo que, como hemos señalado, constituye realmente un presupuesto de la lesión al derecho a la intimidad, pues es la revelación de esos hechos o datos los que se consideran una intromisión en aquélla.

Según la regla establecida en la misma sentencia establece: *el “reportaje neutral” debe satisfacer dos requisitos: el de veracidad, entendido como la certeza de que la declaración corresponde a un tercero; y el de relevancia pública de lo informado.* Al respecto, creo que el segundo requisito de relevancia pública no se encuentra satisfecho, ya que si la Corte hubiera cumplido con el requisito de relevancia pública en relación con el reportaje neutral, hubiera tenido que explicar el motivo por el cual el contenido material de la información difundido en la Revista era de *interés público* y no de *interés del público*.

Reitero, esa cuestión de fondo la evaden a través del calificativo de “reportaje neutro”, pero sin satisfacer el requisito de demostrar la relevancia pública de lo informado. Tampoco no se examina si la Revista tenía la intención maliciosa de perjudicar a la afectada (test de malicia); pero lo que es peor, no se toma en cuenta el contexto fáctico en el cual ocurre el caso en particular, es ni si la afectada dio pie a que hablaran de su intimidad, ni del aspecto sexual de su vida.

En síntesis, no coincido con los planteamientos asentados por los ministros en la sentencia aludida, ya que eluden pronunciarse sobre los motivos por los cuales consideran que el “reportaje neutral” satisface la característica de “relevancia pública”; este último aspecto está ligado íntimamente al proceso de ponderación que se lleva a cabo en la misma sentencia, ya que calificar de interés del público o interés del público o morboso al contenido informativo, reduciría el peso en la ponderación del derecho a la información frente al derecho al honor e intimidad.

Reitero, es necesario analizar estrictamente las circunstancias fácticas que concurren en el asunto en particular. Es decir, no basta que una persona sea ubicada en el plano de persona “pública” o de “relevancia pública” para admitir de inicio, que en su caso, su derecho al honor o intimidad estará por debajo del derecho a la información de cualquier periodista que desee hacer público información sobre su vida sexual. Hacer lo anterior, significaría prejuzgar sobre la cuestión de fondo que se pretende ponderar.

Al respecto, considero que se confunde la metodología implementada en casos análogos cuando se trata de “juicios de valor formalmente injuriosos” dirigidos a los servidores públicos, ya que el contexto fáctico de estos asuntos considero que es más grave, es decir, cuando se trata de proteger a periodistas que tratan de difundir información de interés público, que ayuda de alguna forma, a formar una opinión pública en el contexto de una sociedad democrática, como pudiera resultar ser el periodismo de denuncia y no solamente satisfacer el interés morboso o del público de un grupo de personas.

En este sentido, creo que el peso que arroja el derecho a la intimidad y privacidad de la actora es mayor que el derecho a la información de la periodista y de la Revista Proceso. De igual manera, hizo falta analizar en que medida se afectaba el derecho a la información del periodista y de la Revista, ante la afectación que se realizaba a la actora con dicha publicación. Es decir, una vez

que se clasificara dicha información como “no relevante” para el “interés público”, y que ayudará a formar una “opinión pública”, se podía determinar claramente el peso que tiene el derecho a la información es bastante leve.

Ante esta situación, se encuentra el derecho al honor que resultaba con una afectación de carácter grave, pues las consecuencias de dicha publicación en dicha Revista, pudieron u ocasionaron en la afectada daños psicológicos al ventilar su vida sexual frente a terceras personas. Sobre este punto, creo que era necesario ahondar más en el impacto que pudo tener dicha publicación en los círculos de opinión.

Por su parte, la sentencia del TCE se trata de un asunto derivado de una demanda civil por daño a la intimidad y a la propia imagen por Isabel Pantoja Martín (una afamada cantante española), en contra la Entidad mercantil «Prographic, Sociedad Anónima», Sociedad que había realizado y posteriormente comercializado, sin autorización alguna, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su esposo fallecido, Francisco Rivera Pérez, de profesión torero y conocido como «Paquirri». El agravio manifestado consistía en las imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la citada plaza.

La resolución guarda una importancia trascendental, ya que se trata de la primera ocasión en que el TCE se pronunciaba sobre el derecho a la intimidad, pero sobre todo, porque anulaba uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el derecho a la intimidad. Tal y como precisaba en el anterior capítulo, el derecho a la intimidad (the right to be alone) se origina en el derecho anglosajón y de ahí se traslada al derecho europeo, este pronunciamiento adquiere relevancia, ya que es la primera vez en que se pronuncia al respecto.

La pretensión de la demandante (esposa), al Juzgado consistía en una indemnización judicial por concepto de daños y perjuicios. La pretensión fue favorablemente acogida por los Tribunales de primera y segunda instancia en aquel país. Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo decidió revocar la sentencia previa, debido a que, de acuerdo a sus consideraciones, el video comercializado tenía un carácter marcadamente profesional, ya que en la mayor parte del mismo dedicaba su contenido a actuaciones y comentarios taurinos, así como a remembranzas del torero por parte de críticos y colaboradores.

No obstante, el motivo de disenso por parte de la afectada y recurrente consistía en las imágenes de su boda, entierro, y específicamente las escenas de agonía del torero tomadas en la enfermería de la plaza, ésta última con una duración aproximada de un minuto con treinta segundos. A juicio del TSJE, las imágenes poseían carácter privado, no obstante de ello, el titular del derecho afectado era un personaje de relevancia pública, y toda vez que la herida provocada por el animal fue a vista del público, así como su posterior traslado a la enfermería, dichas imágenes no pertenecían a la intimidad, sino al propio espectáculo cuyo riesgo inherente deriva del mismo.

En primer término, las escenas transmitidas en vivo al interior de la enfermería durante la agonía del matador, no constituían parte de la profesión del torero, motivo por el cual quedaban fuera de su exposición del público; ya que esto implicaría entender al afectado como un instrumento de diversión o entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la propia muerte del torero, en contradicción con el principio de dignidad de la persona humana (Fj 8).

Ahora bien, el hecho que la Televisión Española hubiese difundido previamente las escenas de la enfermería de la plaza de toros, que dio origen a la cinta de comercialización objeto de impugnación, no implicaba de ninguna manera que se convertirían del conocimiento público, ya que estaban dentro de la esfera de intimidad protegida por el derecho fundamental en cuestión. Esto implica que la

emisión, que durante unos momentos fueron transmitidas de manera previa y se consideraron noticiables, no podía representar ni convertirse en públicas y ante cualquier audiencia; por consiguiente, resultaba irrelevante que las imágenes procedieran de la emisión de la televisión o no, ya que no se juzgaba sobre la información dada en su momento por la Televisión Española, sino por la empresa que distribuyó el documental en cuestión (fj 6).

4.5 El libre desarrollo de la personalidad en su variante de libertad personal vs actos de molestia y el uso legítimo de la fuerza pública en México y España

El abuso de la fuerza pública, la militarización desmedida y descontrolada, así como la corrupción, conforman los principales objetivos a atender en las políticas públicas de seguridad ciudadana.⁶⁶⁶ La cuestión del uso debido de la fuerza pública se ha vuelto un verdadero problema neurálgico dentro del sistema político mexicano y del tejido social. La llamada a los cuerpos militares a combatir el narcotráfico y la militarización de la policía, así como de altos mandos en puestos de gobierno relacionados con la seguridad, presentan una nueva variable que modifica las reglas del juego dentro de las políticas públicas de seguridad ciudadana y la protección de los derechos fundamentales.

La constante presencia del aparato militar y policial en las principales líneas de acción dentro de la seguridad pública y de la vida cotidiana de la población exponen la clara evidencia de la importancia de regular y observar sus actuaciones. Como ya sabemos, desde el 2006 su presencia es acusada y hegemónica, así como exponencial. La creciente y acelerada reproducción de

⁶⁶⁶ Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas los últimos años, ejemplifican claramente la opacidad de los sistemas de impartición de justicia tanto locales como federales. Ver: Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Sentencia de 31 de agosto de 2010; Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Caso Fernández Ortega y otros vs. México (Sentencia de 30 de agosto de 2010; Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Radilla Pacheco vs. México (Sentencia de 23 de noviembre de 2009; Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), así como la sentencia de los feminicidios en Ciudad Juárez Chihuahua, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

cuerpos militares dejó un hueco dentro del derecho, es decir, no hay un marco jurídico regulatorio de sus acciones. El ejercicio de la actividad administrativa resulta ser la primera manifestación de poder que surge del Estado ante el individuo y donde suceden la mayor parte de las actividades estatales relativas a la restricción de derechos fundamentales. Así, el ejercicio legítimo del uso de la fuerza pública, es uno de los elementos inescindibles del Estado para su misma supervivencia.

La persecución e investigación de los delitos deben en todo momento de medir la posible afectación a los derechos fundamentales que se pretenden restringir o limitar con la aplicación de determinada política pública criminal. En este sentido, una de las principales medidas en las restricciones o suspensiones impuestas es estrictamente limitarlas a la exigencia de la situación, cuyo fundamento es el principio de proporcionalidad, el cual supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro.⁶⁶⁷ Al respecto, cabe señalar que la Comisión Interamericana ha dispuesto:

... el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos o grupos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza. Los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones del artículo 4 de la Convención y del artículo I de la Declaración.⁶⁶⁸

Lo anterior implica que en aras de mantener el orden interno, el Estado no cuenta con medios ilimitados, especialmente en lo referido al uso de la fuerza. Por

⁶⁶⁷ DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-IIJ, 1999, p. 38 y ss.

⁶⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/V/11.116, 2002, numerales 88 y 90.

esta razón, dicho empleo debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley. En este sentido, aun cuando se esté frente a situaciones limitadas bajo las cuales el uso de la fuerza está permitido por la ley, estas deben orientarse bajo los *principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad*. La CIDH ha entendido por principio de humanidad lo siguiente.

... complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras.⁶⁶⁹

Otro soporte del derecho internacional de los derechos humanos para el uso legítimo de la fuerza pública son los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, dictado por la Organización de las Naciones Unidas.⁶⁷⁰ De estas reglas se puede concluir que el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad debe ser considerada como la medida de último recurso y que más allá de la orden que pueda emanar por parte del superior jerárquico (necesidad y humanidad), el criterio para emplear la fuerza letal es que esté en peligro la vida de otra persona (ponderación).

El juez mexicano ha destacado la aplicación del principio de proporcionalidad en el uso legítimo de la fuerza pública en el paradigmático caso de “San Salvador Atenco”, por violaciones derivadas de la actuación policial en sus tres niveles (federal, estatal y municipal) a diversas personas que participaron

⁶⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166, párrafo 85

⁶⁷⁰ Ver “Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

en los hechos de aquel día. Todo se inició con una protesta de varios comerciantes que vendían flores en una localidad del Estado de México, problema que se tornó de grandes dimensiones, dado que existieron distintos hechos de violencia por parte de los manifestantes. Al respecto, la resolución señala que la violencia estuvo justificada, pero fue desproporcionada. Es decir, acorde a una ponderación, el uso legítimo de la fuerza pública fue desproporcional y por ende, violatorio de los derechos humanos de los participantes.

.. la fuerza pública ... fue ejercida ilegítimamente porque se hizo de tal manera que ni fue profesional, ni eficiente, ni proporcional, ni necesaria. Con los antecedentes mediatos del caso (historial conflictivo, peligrosidad y grado de resistencia y oposición conocidos de los inconformes), e inmediatos (en relación con el desconocimiento del acuerdo para la venta de flores a las afueras del mercado Belisario Domínguez), el operativo no guardaba relación proporcional con las circunstancias de facto presentes y las previsible, lo que en la especie resultó en perjuicio de la propia policía... de ahí que también tales acciones resultaran violatorias de su derecho a la integridad física y su dignidad humana y derechos que le asisten como personas detenidas.⁶⁷¹

Sin duda, la seguridad pública es uno de los fines del Estado y precondiciones, sin el cual no pueden existir el resto de los demás derechos fundamentales. México atraviesa por una grave crisis de legalidad y de impunidad en la que es urgente la aplicación de criterios para graduar el uso desproporcional de la fuerza pública. La ponderación es una excelente herramienta que puede ser empleada para dicho propósito. Ejemplo de lo anterior, lo constituyen la persecución e investigación de los delitos, que deben en todo momento de medir la posible afectación a los derechos fundamentales que se pretenden restringir o limitar con la aplicación de determinada política pública criminal.

⁶⁷¹ SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno en el dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el expediente 3/2006, integrado con motivo de la solicitud formulada por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel, para investigar violaciones graves de garantías individuales; así como los votos particulares de los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Diario Oficial de la Federación 21/09/2009.

A continuación se analizan dos casos similares concernientes al uso legítimo de la fuerza pública relacionados con la obtención de pruebas ilegales por los Tribunales Constitucionales de España y México, concerniente a la comprobación del delito de salud pública (por sustancias tóxicas o psicotrópicas). El primer caso presentado aborda la constitucionalidad de los retenes militares decidida por la SCJN en el amparo en revisión 498/2006, por delitos contra la salud en su modalidad de posesión donde se detuvo a una persona con más de 500 kg de marihuana. No obstante, este recurso fue declarado inadmisibile por el máximo Tribunal mexicano, debido a la naturaleza del mismo, ya que las violaciones alegadas a los derechos fundamentales no eran trascendentales.

Por su parte, el caso del TCE se refiere a la incautación de 400 Kilogramos de hachís, lograda a través de la intervención telefónica de determinados números, mediante previa autorización judicial. En un primer momento, el Tribunal Supremo decidió ratificar la condena penal impuesta, en virtud de considerar probada la participación de los autores en los tipos penales respectivos de salud pública y contrabando. No obstante, el resultado obtenido en el TCE (a diferencia de la SCJN) fue distinto, ya que se determinó en base a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, que habían sido vulnerados el debido proceso, secreto de las comunicaciones privadas, y la presunción de inocencia.

4.5.1 El estudio sobre la constitucionalidad de los retenes militares (Amparo directo en revisión 498/2006) y su análisis con la obtención de pruebas ilegales por el TCE (STC 49/1999)

La sentencia dictada por la SCJN deriva de un caso donde se impugnaba la constitucionalidad de los retenes militares, consiste en la detención del Señor Gustavo Medina Campos el veintisiete de febrero de dos mil uno; misma que se produjo cuando circulaba por la carretera federal 54, en Zacatecas. Ahí fue interceptado por un puesto de control militar en la comunidad “Corral de Piedra”, encontrándosele en posesión de 591 kilogramos de marihuana.

Por este motivo, las autoridades militares dieron aviso a la Zona Militar competente, poniéndolo posteriormente a disposición del Ministerio Público, con la finalidad de que hiciera la averiguación correspondiente, ofreciendo a los militares como testigos de los hechos. Posterior a ello, el Magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, dictó sentencia definitiva el veintisiete de noviembre de 2003, por el tipo penal de delitos contra la salud en su modalidad de transportación, condenando finalmente a una pena privativa de libertad de once años con tres meses de prisión.

A raíz de lo anterior, el actor interpuso un amparo en contra de la sentencia relatada anteriormente, alegando la violación de su derecho a la libertad de tránsito y actos de molestia, consagrados en los artículos 11 y 16 respectivamente. Manifestando en esencia, que la detención e investigación a los vehículos que transitan libremente de acuerdo a los derechos constitucionales citados no podía limitarse por los puestos de revisión o retenes. Como base de lo anterior, argumentó que esto se encontraba justificado únicamente si las “garantías individuales” se encontraban suspendidas, de acuerdo a los requisitos y condiciones que el mismo artículo 29 de la Carta Magna indica, o bien, cuando hubiera una violación a la ley penal, infracción administrativa, o la comisión flagrante de algún delito o ante el cumplimiento de un mandato judicial.

Acorde a la exposición de agravios, de no cumplirse con los requisitos anteriores, cualquier diligencia o medio de prueba obtenido a partir de esta circunstancia violatoria de derechos fundamentales, carece de eficacia dentro de un proceso penal. Por tal motivo, solicitaba la interpretación directa, gramatical, histórica, teleológica y conjunta de los artículos 11, 16, 128 y 133 constitucionales, en relación con lo dispuesto en los preceptos 1 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto en la primera sentencia, como en la resolución definitiva dictada con motivo del amparo interpuesto por el quejoso, se determinó que el argumento sobre la inconstitucionalidad de su detención, resultaba “inatendible”. De acuerdo a la Corte, esto se traduce en que a “ningún fin práctico llevaría analizarlos, pues aun si fueran fundados, sólo tendría como consecuencia que se desestimara lo manifestado por los elementos captores sobre la forma y términos en que se verificó la aprehensión del quejoso, pero de ninguna manera tendría el alcance de nulificar los restantes elementos de convicción que fueron recabados en la averiguación previa y la causa penal de origen para determinar su responsabilidad”.

Para tal efecto, se realizó un análisis legislativo sobre el recurso de revisión regulado por el artículo 107, fracción IX, de la Constitución Federal, citando la exposición de motivos, así como el debate parlamentario que se dio sobre este precepto. En opinión de la mayoría del Pleno, los argumentos del actor resultaban una mera “fórmula ingeniosa” con la cual se lograría en todos los casos que se tuviera que considerar procedente el recurso.⁶⁷² Por este motivo, si el Tribunal Colegiado (ad quo) que analizó por primera ocasión el recurso judicial interpuesto no entró al análisis constitucional de la detención y la consiguiente obtención de pruebas incriminatorias, la SCJN como órgano terminal y revisor, tampoco podía hacerlo porque la Ley reglamentaria (Ley de Amparo) lo establecía de ese modo.

⁶⁷² Amparo Directo en Revisión 498/2006, Considerando Cuarto de la Sentencia, p. 11.

Esto de alguna forma resulta ser un mero argumento de autoridad, ya que según el propio Tribunal mexicano, la decisión sobre la posible obtención de pruebas ilegales no afectaban aspectos esenciales de la vida pública, además se logró determinar que existía un impedimento para el estudio del mismo asunto, ya que la naturaleza del propio recurso de revisión interpuesto, prohibía a los jueces ir más allá de lo analizado previamente.

Asimismo, otra de las trampas argumentativas viene después, debido a que restringen el derecho de acceso a la justicia del quejoso, a tal grado de volver nugatorio su derecho fundamental sobre la revisión constitucional de su detención. En tal sentido, considero que se debió haber aplicado el principio *pro homine*, con la finalidad de maximizar los derechos fundamentales del inculpado, y de esta forma, entrar al estudio de fondo de la cuestión planteada, en lugar de justificar a lo largo de más de 40 páginas de transcripción legislativa, una causal que impedía entrar al análisis de un tema, que desde nuestra perspectiva, sí es de gran trascendencia para la vida política y social del país.

No obstante, el voto particular del ministro José Ramón Cossío muestra de manera clara el análisis frontal de la cuestión de fondo que se debió hacer en la sentencia. El principio del mismo resulta un tanto evasivo, tal como la circulación en vehículos automotores configurado dentro del derecho a la libertad de tránsito, siguiendo el precedente de la SCJN en épocas pasadas.⁶⁷³ Este argumento en sí, me parece alejado de la misma lógica y muestra una visión literal de la Constitución Federal y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, llevando incluso a un absurdo, pues obviamente el ejercicio de los derechos

⁶⁷³ De esta manera fue reconocido en la Tesis: VEHÍCULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTÍCULOS 7o., FRACCIÓN VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLÓGICA PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTÍCULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Tesis: P. V/96, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Febrero de 1996, p. 173.

fundamentales, debe incluir la utilización de objetos exteriores al cuerpo humano para que estos sean efectivos

Esto encuentra fundamento en el mismo concepto de libertad positiva y negativa. Es decir, argumentar que la libertad de tránsito no comprenda la extensión del mismo a través de los medios para desplazarse a lo largo y ancho de nuestro país, reduciría este mismo derecho fundamental a poder transitar algunos kilómetros. Llevando al absurdo dicho argumento, un discapacitado en silla de ruedas no gozaría de este derecho fundamental, pues la mencionada “garantía” no comprende, desde la perspectiva de la SCJN, el medio de transporte.

Acorde a esta lógica, en el voto del ministro apuntado, se propone el análisis sobre la constitucionalidad de los retenes a partir de un estudio de los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional, al tratarse de un acto de molestia (excluyendo la violación al derecho de libertad de tránsito) la propuesta nos parece adecuada, ya que ésta plantea el equilibrio del ejercicio de la seguridad pública y el respeto a los derechos fundamentales consagrado en la acción de inconstitucionalidad 1/1996. De igual forma, es adecuado el modelo argumentativo propuesto para medir el grado de afectación a los derechos fundamentales, de acuerdo al principio de proporcionalidad.

El análisis de la proporcionalidad de las medidas ordenadas no es parte del contenido garantizado propiamente por la garantía de legalidad, pero será imprescindible para determinar si la molestia que se genera a los ciudadanos con la instalación de un puesto de revisión, constituye una medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresado en la motivación del acto. El Estado no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcionado, a costa de una afectación innecesaria de los derechos fundamentales. La autoridad que deba examinar la legalidad y

constitucionalidad del acto deberá por tanto tener los elementos necesarios para determinar, por ejemplo, si el lugar en el que se instaló el retén se encuentra razonablemente determinado o si por el contrario la actuación de la autoridad administrativa estaba diseñada para afectar en realidad a una persona determinada, o si las autoridades públicas partieron de algún hecho objetivo que descarte evite calificar de arbitraria la actuación de la autoridad. La motivación del acto debe proporcionarle todos los elementos que necesita para hacer este tipo de comprobaciones.

...

Como conclusión de lo expuesto en los apartados precedentes era posible afirmar que los llamados retenes constituyen actos de molestia al gobernado en su persona y posesiones, que sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho para proteger un determinado bien jurídico, por lo que en términos de lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, estarán legitimados en la medida que cumplan con los requisitos que dicho precepto exige para ese tipo de actuación de la autoridad administrativa en función de la protección de la garantías de legalidad y seguridad jurídicas.

A diferencia del asunto planteado a continuación por el TCE, la sentencia de la SCJN adolece de un planteamiento claro sobre las pruebas obtenidas de manera ilegal, así como un pronunciamiento frontal entre los bienes o principios en conflicto, mediante el principio de proporcionalidad, sobre todo ya que se encuentran en colisión el debido proceso y el aseguramiento de la seguridad como un valor fundamental en la sociedad.

Finalmente, se encuentra la sentencia emitida por el Pleno del TCE, identificada con la clave 49/1999, de cinco de abril de 1999. Los hechos del caso derivan de una detención realizada a varias personas por el delito de salud pública y contrabando, al ser interceptadas con 400 kg de hachís, procedentes de Marruecos, cuyo cargamento pretendían ingresar a España. El debate suscitado se debió a que la detención se realizó como consecuencia de la intervención

telefónica de varios números de algunos de los participantes de esta banda criminal.

El acto impugnado consistía en la violación a los derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones privadas, debido proceso con todas sus garantías y el principio de presunción de inocencia; lo anterior, en consonancia con la ausencia de motivación y proporcionalidad en la autorización de la intervención telefónica, es decir, fuera de los casos permitidos por la ley, ya que no existía causa ni procesado.

El TCE inicia su argumentación explicando la imposición de límites al derecho a la intimidad a partir del principio de reserva de ley, de acuerdo a la habilitación de una norma legal para interferir en el derecho en cuestión (fj 4), es decir, la previsibilidad o accesibilidad de parte de las personas que son afectadas, en sintonía con lo dispuesto por la jurisprudencia de la CEDH, principalmente el precedente Valenzuela c. España, resuelto por este mismo órgano jurisdiccional, donde se indicó en un primero las exigencias del canon de proporcionalidad para aplicar dicha medida.

En sintonía con lo anterior, el TCE advierte que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la autorización formal para que estas sean intervenidas, sino que deben expresarse de manera pormenorizada las razones entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo, es decir, en la medida en que supongan un sacrificio estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio (fj 7). Acorde con ello, las reglas se circunscriben a lo dispuesto por el principio de proporcionalidad.

- Estar dirigidas a un fin legítimo (protección de seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, la defensa del orden y prevención de las infracciones penales o la tutela de la salud, la moral o los derechos y libertades de otro), y

- Ser necesarias en una sociedad democrática para la obtención de dichos fines (subprincipio de adecuación).

En lo particular, el fin perseguido en la investigación penal resultaba legítimo, ya que se trataba de la persecución de un delito (contra la salud). Por otra parte, respecto al examen que exige el subprincipio de necesidad, es necesario examinar la gravedad de la intromisión a la intimidad, así como la salvaguarda del interés público. Es decir, no basta la mera sospecha de un posible acto criminal, sino que es indispensable que existan datos objetivos que permitan inferir que se va a cometer un delito, además de una relación entre la causa justificativa de la limitación pretendida y el sujeto afectado por ésta (fj 8).

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), el TCE determina que la injerencia en las comunicaciones privadas en el caso analizado se realizaron únicamente en suposiciones y conjeturas acerca del delito y la participación en él de los afectados, ya que no expresaban si quiera de modo genérico o por alusiones, qué datos objetivos e investigaciones han llevado a centrar las sospechas sobre las personas afectadas, lo que impedía la necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental.

Es decir, a pesar de que el fin que perseguía la autoridad era legítimo (delito contra la salud y contrabando), no existían datos que permitieran apreciar de manera clara los hechos investigados, ya que se trataba de investigaciones policiales no determinadas, sin haber brindado al juez ningún dato fáctico constatable por terceros del que fuese posible inferir que lo afectados por la injerencia estuvieran o fuesen a cometer el hecho que se estaba investigando (ponderación) (fj 10).

Continuando con este hilo conductor, se determinó que la incorporación de los pasajes de las conversaciones telefónicas al juicio criminal, no había respetado las reglas de control judicial, contradicción, derecho de defensa, presunción de inocencia. Una vez clarificado lo anterior, el TCE reserva a los Tribunales ordinario la competencia para determinar en qué medida, las pruebas derivadas de otras constitucionalmente legítimas resultaban válidas (conexión de antijuricidad) (81/1998).

La tutela y garantía de la seguridad jurídica es una de las precondiciones para el ejercicio de bienes jurídicos de igual relevancia, sin embargo, su plena realización no debe ser a costa de vulnerar otros derechos fundamentales, tal y como ha quedado expresado en los casos seleccionados en este apartado. Los actos de molestia también deben cumplir con los requisitos de la proporcionalidad, es decir, si lo que se persigue desde el plano del Estado Constitucional es la seguridad como un bien constitucionalmente tutelado, éste no puede alcanzarse a través de medios ilegítimos, innecesarios o desproporcionales.

El empleo del principio de proporcionalidad como canon para restringir o limitar la libertad personal en razón del valor de la seguridad pública ha sido escasamente explorado por la jurisprudencia mexicana. El tema de retenes militares, así como los subtemas que del mismo se pudieran derivar, tales como la obtención ilegal de pruebas, el uso proporcional y racional de la fuerza pública, deben ser analizados a la luz de la ponderación, con el objeto de optimizar los bienes o valores en conflicto.

A diferencia del modelo del TCE, donde, de manera concienzuda y reflexiva se aplica el principio de proporcionalidad cuando la autoridad investigadora solicita a la autoridad judicial su autorización para la debida diligencia en las averiguaciones ministeriales, la SCJN evadió el problema de constitucionalidad y convencionalidad planteado por el quejoso, mediante un formulismo genérico que

impidió analizar el fondo del asunto, es decir, si las pruebas obtenidas por la autoridad no resultaban violatorias de la libertad e integridad personal.

En conclusión, frente a un modelo argumentativo frontal que busca optimizar el valor de la seguridad pública y el libre desarrollo de la persona en su vertiente de libertad personal (TCE), se encuentra otro paradigma agotado, que prefiere de manera tímida y escueta, evadir la ponderación entre ambos principios. La actividad ministerial también debe seguir entonces el canon constitucional de la racionalidad y la ponderación en el uso legítimo de la fuerza pública. De lo contrario, los resultados del sistema de seguridad podrían resultar inversamente proporcionales a lo que se pretende proteger.

CONCLUSIONES

La legitimación del juez se encuentra íntimamente ligada con el nivel de racionalidad contenido en sus decisiones. Su responsabilidad institucional y ante la sociedad, es satisfacer el principio de acceso a la justicia universal para todos los ciudadanos, así como la transmisión de confianza sobre la institución que representa, en aras de permitir al ciudadano acudir a estas instancias. En el ejercicio de este ideal, se debe tomar en cuenta el aspecto deontológico de su labor. No obstante, el ejercicio de la función judicial, trae aparejada una tensión ineludible entre los principios democrático y de supremacía constitucional. Dicha tensión es aun más intensa en aquellos casos donde el juzgador ejerce la discrecionalidad judicial, con el propósito de encontrar soluciones innovadoras para resolver los problemas que le presentan los justiciables.

Las principales teorías sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del ordenamiento jurídico, nos ayudan a contestar algunas preguntas sobre el modelo ideal de juzgador que pudiera necesitar una sociedad determinada. No cabe duda que el modelo continental europeo de la judicatura en comparación con el norteamericano, por ejemplo, difiere en gran medida, dado que este último ha preferido un intenso activismo, donde el mismo asume un rol protagónico de las grandes decisiones políticas, económicas y sociales.

La discrecionalidad judicial no debe ser entendida como un sinónimo de arbitrariedad, sino como una posibilidad de realización plena del contenido axiológico de las Constituciones del siglo XXI. Esta configuración del Estado y Ley Fundamental en el Neoconstitucionalismo completan el sofisticado andamiaje del renovado y antiguo modelo de Estado de Derecho del siglo pasado. Las normas constitucionales son indeterminadas, pero permiten realización a través de procesos hermenéuticos y argumentativos. En tal sentido, el principio de proporcionalidad es una sólida herramienta para lograr la optimización de los derechos fundamentales en conflicto.

En este contexto, la apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos en México se da a raíz de una reforma constitucional en junio de 2011, así como de la interpretación de una sentencia de la CIDH (Caso Radilla), lo que permite al operador jurídico ampliar su horizonte de posibilidades de realización y concreción de normas, a partir de la experiencia internacional. Y no es sólo una solicitud o sugerencia, sino que se convierte también en una obligación para todas aquellas autoridades que aplican normas relacionadas directa o indirectamente con los derechos fundamentales, satisfaciendo perfectamente el principio de eficacia inmediata de derechos y de aplicación directa del ordenamiento constitucional.

Lo que he procurado precisamente en este estudio, es trasladar la figura del principio de proporcionalidad, ampliamente desarrollada en sede internacional y en la doctrina constitucional de mayor prestigio a la dogmática y doctrina jurisprudencial mexicana. La etapa o fase de recepción de la ponderación como canon hermenéutico para la asignación de significado concreto a los derechos fundamentales, ha sido larga y aún no se ha consolidado plenamente. A diario, se continúan resolviendo casos difíciles o complejos a través de los antiguos procedimientos clásicos como el silogismo o el uso de fórmulas anticuadas para calificar agravios en detrimento del derecho de tutela de justicia efectiva.

Si bien los antiguos paradigmas para resolver casos judiciales no son erróneos, también es cierto que no funcionan o no sirven para solucionar todos los asuntos que se le presentan al operador de las normas constitucionales. Existen casos complejos que, debido a la multiplicidad de valores en conflicto y la tensión entre uno o más derechos fundamentales, involucran en el fondo problemas éticos, donde la axiología constitucional juega un papel trascendental para determinar el equilibrio óptimo y la satisfacción de ambos principios en conflicto.

El test de proporcionalidad es considerado un paradigma nuevo en el sistema judicial mexicano debido que aun son pocos los asuntos jurisdiccionales donde se aplica, pero que ha tenido mucho éxito en la doctrina jurisprudencial comparada (Alemania, España, Italia, Estados Unidos de Norteamérica, Colombia) e internacional (CIDH, TEDH). Sin embargo, su incorporación como canon de control constitucional para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales o principios constitucionales ha legitimado la labor realizada por los jueces constitucionales.

El objeto principal de este trabajo consistió en probar que la recepción del principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional para limitar o restringir derechos fundamentales, favorece la correcta fundamentación en aquellos casos difíciles donde se encuentran dos o más principios en conflicto. Para este efecto, se distinguieron tres fases. La primera de asimilación, la segunda de consolidación, y la tercera, de migración de criterios.

En la primera fase distinguí la recepción de la teoría constitucional por el máximo Tribunal del país, mediante la transición de una Constitución meramente declarativa hacia una normativa. En este contexto, destacan como variables del objeto de estudio, el reconocimiento en la jurisprudencia mexicana de valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la persona y la igualdad. Estos elementos quedan enmarcados en la postura ideológica del Neoconstitucionalismo que se encuentra alentando los procesos constitucionales en la actualidad.

En el Estado Constitucional, los derechos fundamentales merecen tutela y garantía mediante los procesos constitucionales de tutela de las libertades, sobre todo, en aquellas situaciones donde las personas son más vulnerables; precisamente las minorías que antes eran desatendidas en el Estado de Derecho, hoy reclaman garantías para volver efectivos los principios que en un inicio eran

entendidos únicamente como normas programáticas, sujetas a los vaivenes y sinsabores de la política.

El sistema constitucional mexicano se ha incorporado a este proceso desde el plano hermenéutico y normativo. El primer plano se aborda a partir de un proceso de comprensión de los derechos fundamentales, bajo una óptica más flexible, dinámica y progresiva, que ha abierto el debate hacia temas de relevancia nacional como el fuero militar, las reglas sobre el uso de la fuerza pública para abatir la criminalidad, los matrimonios homosexuales, el aborto, la persecución de los crímenes del pasado, y los alcances de la libertad de información frente al derecho a la intimidad.

Por su parte, la reforma constitucional de junio de 2011 ha consolidado una serie de transformaciones legislativas necesarias para la plena implementación de un sistema integral para la defensa y protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, el plano normativo ha sido satisfecho también con la reforma a la Ley de Amparo de principios de 2013, al incorporar también el derecho internacional de los derechos humanos.

En este contexto, la fase de asimilación del test de proporcionalidad tiene lugar en el plano de la praxis judicial, a través de la incorporación de esta herramienta por los jueces constitucionales en distintos casos judiciales resueltos a finales de los años noventa, relacionados con la igualdad y razonabilidad de las leyes fiscales. Esta fase se termina con la implementación de este canon hermenéutico cuando se aborda el test de escrutinio estricto en relación a la aplicación igualitaria y no discriminatoria de distintos asuntos de índole administrativa.

La fase de consolidación del principio de proporcionalidad inicia en 2006, mediante la incorporación de este canon de control constitucional en la jurisprudencia mexicana en el ámbito de la jurisdicción constitucional de las libertades. A partir de ahí, se determinan los requisitos que debe satisfacer la aplicación de la proporcionalidad en cualquier caso judicial donde se encuentren involucrados dos o más principios constitucionales.

En este periodo inicia un proceso de apertura del Poder Judicial de la Federación consolidando la función de la SCJN como Tribunal Constitucional hacia temáticas de relevancia o trascendencia política, económica y/o social. En tal sentido, es posible comprender este giro conceptual como un fenómeno interdisciplinario y plural de la ciencia jurídica. La ductilidad de las normas constitucionales a través de valores y principios, permiten a los operadores jurídicos resolver con una mayor claridad argumentativa, lo que parecen, en inicio, casos difíciles.

Casos difíciles y complejos donde han estado involucrados dos o más principios constitucionales, como colisión entre libertad de expresión vs derecho a la intimidad; aborto (libertad y normal desarrollo psicosexual vs derechos del feto); función social, interés público vs derechos patrimoniales (expropiaciones); seguridad nacional vs libertad individual, integridad física, vida (uso de la fuerza pública, retenes); son algunos de los ejemplos más difíciles y controversiales que suscitan debate entre la sociedad, pero requieren de la mayor preparación y destreza de los jueces.

El proceso que he denominado “sofisticación” del principio de proporcionalidad, ha permitido una mejor comprensión de los casos difíciles. La confrontación de los principios o valores en colisión en casos individualizados, permiten evaluar a través de los tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la afectación concreta. Asimismo, permite añadir más variables (como la *magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance,*

duración, así como la certeza de cada una de las premisas empíricas y normativas) que brindan al operador judicial mayores elementos para valorar cada afectación específica.

La jurisdicción constitucional mexicana ha respondido favorablemente a este fenómeno de la ciencia jurídica. Si bien en sus orígenes, el principio de proporcionalidad se remonta a la aplicación del principio de igualdad y el test de razonabilidad, empleado por la Corte Suprema Norteamericana (aplicado en el caso de los matrimonios entre parejas del mismo sexo), con el paso del tiempo esta visión ha sido replanteada a partir del modelo continental europeo de ponderación y establecido como canon obligatorio (jurisprudencia) para los operadores jurídicos que limiten o restrinjan derechos fundamentales.

La evidencia es clara, he tratado de esbozar, a través de la presentación de distintos casos judiciales, que existen en el sistema constitucional mexicano decisiones judiciales resueltas por el máximo tribunal del país y federales, muy sólidas y bien fundamentadas, tales como la ponderación en materia de suspensión del acto reclamado, el uso legítimo de la fuerza pública, colisiones entre libertad de expresión y derecho al honor e intimidad, o derecho a la información, entre otras más. Si bien, el grado de racionalidad no puede medirse plenamente como si fuera una ciencia exacta, existen un sinnúmero de herramientas conceptuales que nos permiten ahondar detalladamente en el empleo de argumentos para maximizar o potencializar el desarrollo pleno de los derechos fundamentales.

En la última fase que he identificado como de migración de criterios, aun existe mucha reticencia en la judicatura para aceptar plenamente este modelo de hermenéutica constitucional. Uno de los aspectos menos alentadores es la presencia de indeterminación e inseguridad jurídica en la toma de decisiones. Un fantasma muy común cuando en los círculos judiciales tradicionalistas se escucha hablar de ponderación. Esto no es una concesión gratuita, ya que existen también

decisiones judiciales controversiales, donde la aplicación del método de la ponderación no ha sido realizada correctamente, o bien, los tribunales han ocurrido en imprecisiones al momento de aplicar o crear precedentes con efectos generales.

Precisamente, el capítulo cuarto de la presente investigación trató de probar que esta migración de criterios debilita la correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Lo anterior, a través del análisis de casos donde ha tenido aplicación el principio de igualdad y no discriminación, la despenalización del aborto y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, las colisiones entre el derecho a la libertad informativa y el honor de los particulares, así como los límites a la libertad personal mediante el uso de la fuerza pública.

El principio de proporcionalidad como objeto de estudio desde el plano teórico, debe contener una serie de variables que permitan a los jueces constitucionales garantizar o reforzar las decisiones judiciales. Desde el plano de la praxis judicial, la optimización de los derechos o principios en conflicto se alcanza mediante la aprehensión de cada una de las variables que intervienen en la afectación de un valor o principio constitucional, tales como la velocidad, rapidez, magnitud, probabilidad, intensidad, con la que es afectado un principio o valor constitucional.

El juez constitucional en los casos concretos debe aplicar el principio de proporcionalidad cuando un derecho o valor constitucional se encuentre en conflicto. La optimización es posible únicamente si se toman en cuenta cada una de las variables que intervienen en cada caso en particular. No es posible una jerarquía predeterminada cuando ocurra una colisión entre valores, la prelación de derechos ocurrirá mediante la aplicación de casos concretos; a pesar de ello, los canones para aplicar correctamente el principio de proporcionalidad se encuentran fijados de antemano (subprincipio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación).

Si bien, desde el plano de la argumentación constitucional es imposible medir o cuantificar el grado de racionalidad de las decisiones judiciales donde es aplicado el test de proporcionalidad, la hipótesis a demostrar en la presente investigación consistió en probar que su correcta aplicación permite confrontar dos o más principios en conflicto, en aras de justificar desde el plano interno y externo las decisiones de los Tribunales Constitucionales; tal y como expresaba al inicio de esta investigación, pretender una racionalidad absoluta en el plano de la justificación de las decisiones judiciales implicaría por sí mismo, una concepción errónea no solamente de las herramientas de la argumentación, sino de la propia ciencia jurídica.

En tal sentido, el balanceo de principios o valores en conflicto encierra sin duda alguna, un problema de fondo más complejo, la adhesión del juez constitucional hacia una o varias teorías de derechos fundamentales mediante las cuales asigna un significado concreto a esos derechos. Sin duda, la aplicación del principio de proporcionalidad debe ir aparejada con la comprensión de estas teorías, de lo contrario, la aplicación de esta herramienta podría tornarse vacía y carente de sentido.

Bibliografía

•AA.VV., Tomo II, Vol. I, Historia de los Derechos Fundamentales: *El contexto social y cultural de los derechos. (Rasgos generales de evolución)*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid 1998, pp. 455.

____AA.VV., Tomo II, Vol. II, Historia de los Derechos Fundamentales: *La filosofía de los derechos humanos*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid 1998, pp. 589.

____AA.VV., Tomo I: *Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 1998, pp. 875.

____AA.VV., Tomo II, Vol. III, Historia de los Derechos Fundamentales: *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos Humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid 1998, pp. 495.

•AA. VV., *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Introducción de Pedro Serna Bermúdez), (2ª ed. aumentada), Comares, Granada, 2005.

•AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

•A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 1999.

•A. SÁNCHEZ LEGIDO, "Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207.

•AARNIO, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000.

•AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Política y jurídica (Problemas actuales)*, Porrúa, México, 2010.

____ *Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social de Derecho*, Porrúa, México, 2010.

____ *La democracia en el Estado Constitucional*, Porrúa, México, 2010.

____ *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.

____ *Teoría Política Contemporánea*, Porrúa, México, 2009.

•ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010.

• ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008.

____ “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), Fontamara, México, 2004, pp. 269.

____ *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, (2ª ed.), 1998.

____ *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

____ *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

____ “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, pp. 349-372.

____ *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005.

____ “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988.

____ “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección” en *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (Estudios sobre la teoría de los derechos

fundamentales de Robert Alexy), SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 119-135.

____ *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 los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.).

____ *Teoría del discurso y derechos humanos*, (traducción e introducción de Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

____ *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, (traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson), Oxford University Press, New York, 2002.

____ *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

____ "Una defensa de la fórmula Radbruch", en *Anuario da Facultades de Dereito da Universidad de da Coruña*, Nº 5, 2001.

• ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.

• ANDERSON, M. S., *La Europa del siglo XVIII*, FCE, México, 1968.

• ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

• ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Organón)*, Gredos, Madrid, 1989.

• 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.

____ "Juridificar la bioética una propuesta metodológica" en *Bioética, derecho y argumentación*, Palestra, Lima-Bogotá, 2004.

____ *Los límites de la interpretación constitucional (De nuevo sobre los casos trágicos)*, en *Isonomía* no. 6, Abril, México, 1997.

____ *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012.

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

• BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

• BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (La función y los poderes del juez en una sociedad democrática), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 150.

• BARBER CROSBY, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Berg, Nueva York, 2008.

• BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil), UNAM, IJ, México, 2008.

• BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 2004.

• BECERRA RAMÍREZ, Manuel, GENOCIDIO (Comentarios a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los “Halcones”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IJ-UNAM, México, 2008.

• BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 117-144.

• BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

____ *El derecho de los derechos* (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 247-254.

_____ “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España” en *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy), SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 223-242.

_____ “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto, Madrid, 2006, p. 51-80.

- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado* (La noción de state act en la jurisprudencia norteamericana), Mac Graw Hill, Madrid, 1997.

- BINDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002.

- BIX, Brian, *Jurisprudence* (Theory and context), Carolina Academic Press, Durham, Carolina, 2009.

_____ “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?” en *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 3, 2003, pp. 281–295.

- BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Washington, D. C., Dialog Press, 2001.

- BLECKMANN, Albert, “Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte”, en *DVBl*, 1988.

- BLUCHE, Frederic, *El Bonapartismo*, FCE, México, 1984.

- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

_____ *Derecho y lógica*, UNAM-IIJ, México, 2006 (2ª ed.).

_____ *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998.

_____ *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009.

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

- BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.
 ____“Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.
 ____“Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Agapito Serrano, R. de (trad. y prólogo), Trotta, Madrid, 2000, p. 17.

- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

- BUCHANAN, Allen, *Human rights (Legitimacy and the use of force)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

- BULIGYN, E., “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en *Ratio Juris*, nº3, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, 1990, pp. 31.

- BUNGUE, M., HALBWACHS, F., KUHN, Th., et. al., *Las teorías, de la causalidad*, (trad. Miguel A. Quintanilla), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.

- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 2004.
 ____ *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 2006.

- BURKE, Edmund, *Reflections on the revolution in France*, Prometheus Books, New York, 1987.

- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2005.
 ____ *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

- ____ *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en TORRES ESTRADA, Pedro, (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, EGAP-ITESM, Limusa, México, 2006, pp. 41-65.

 - CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo, IIJ*, UNAM, México, 1999.

 - CARPIZO, Jorge y Carbonell, Miguel, “Garantías Individuales” en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

 - CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

 - CATALA I BAS, Alexandre H., *Libertad de expresión e información* (La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional), Ediciones Revista General de derecho, Valencia, 2001.

 - CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad* (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad), Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.

 - CIENFUEGOS SALGADO, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, en *Lex, Difusión y Análisis*, No. 62, México, 2000, p. 19.

 - CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos*, Baden-Baden, 2000.

 - ____ *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

 - COMANDUCCI, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

 - ____ *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999.

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

____ *Constitución, tribunales y democracia*, Themis, México, 1998.

____ *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008.

____ “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución” en *Ochenta años de vida constitucional en México, Cámara de Diputados LVII Legislatura*, IIJ, UNAM, México, 1998.

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

•COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La constitución de 1857 y sus críticos*, Clío-El Colegio Nacional, F.C.E., 2ª ed., 2007.

____ *El Sistema político mexicano, Cuadernos de Joaquín Mortiz*, México, 1974.

____ *La sucesión presidencial, Cuadernos de Joaquín Mortiz*, México, 1975.

____ “El Porfiriato”, en AA. VV. *Historia mínima de México*, El Colegio de México, México, 2003, pp. 127-134.

•COURTIS, Christian (Ed.), *Observar la ley* (Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica), prólogo de Manuel Atienza, Trotta, Madrid, 2006.

•CROSSMAN, R. H. S., “El pensamiento político inglés e la tradición europea” en *Trayectoria del pensamiento político*, MAYER, J. P. (comp.), FCE, México, 1976, pp. 120-143.

•CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004.

____ *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

•CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La constitución inédita* (Estudios ante la constitucionalización de Europa), Trotta, Madrid, 2004.

•DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.

____ “El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social” en

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.

•DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

•DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM-IIJ, México, 2005.

•DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, “La Constitución de 1824” en *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano, A 180 años de la Constitución de 1824*, en VALADÉS, Diego y BARCELÓ ROJAS, Daniel A. (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005,

•DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Constitución y democracia”, en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73.

____ “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en VV. AA. CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución (Ensayos escogidos)*, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 2000.

____ “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, No. 7 (Monográfico sobre garantías institucionales), Madrid, 1979, pp. 93-118.

•DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.

____ “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2007.

____ “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, p. 694.

____ “La doctrina de la completitud del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al*

Profesor Gregorio Peces-Barba 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 428.

•DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-IIJ, 1999.

•DÍAZ ROMERO, Juan Díaz, El principio de la dignidad humana y su repercusión en la constitución de los Estados Unidos Mexicanos, *Conferencia magistral del Primer Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, 2008.

•DIEZ PICAZO, Luís María, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

•DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990.

•DIEZ-PICAZO, José M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.

•DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

_____*Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós, 1993.

_____*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.

_____*Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.

_____*The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.

•DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional* (Teoría general del Estado, El derecho y el Estado, Las libertades públicas), (traducción, con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional en España por José G. Acuña), (edición y estudio preliminar “La teoría jurídica de León Duguit” a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González), Comares, Granada, 2005.

- DYZENHAUS, David, *The Constitution of Law (Legality in a Time of Emergency)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

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

- REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008.

- ECHANDÍA, D., *Teoría General del Proceso (Aplicable a toda clase de procesos)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

- EDEL, Frédéric, *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, No. 16, Council for Europe Publishing, Strasbourg, 2007.

- ENDICOTT, Timothy A.O., “*El derecho es necesariamente vago*”, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), en *Derechos y Libertades*, Madrid, 2007, pp. 184 y 189.
 ____ *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

- ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
 ____ *Los calificativos del positivismo jurídico* (El debate sobre la incorporación de la moral), Civitas, Madrid, 2004.

- ESTRADA MICHEL, Rafael, “Los avatares del primer constitucionalismo mexicano: la obsesión estatalista como dique a la garantía de los derechos humanos”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, pp. 395-406.

•FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*, Dykinson, Madrid, 2008.

•FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

•FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, IJ, UNAM, México, 2003.

____ *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995.

____ “La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), No. 70, Octubre-Diciembre 1990, pp. 93-124.

____ “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 39, Madrid, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 195-247.

•FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *La hermenéutica jurídica de Hans George Gadamer*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 1993.

•FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.

____ *Democracia y garantismo*, (edición de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2008.

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

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

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

____ *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), Trotta, Madrid, 2005.

____ *Poderes salvajes* (La crisis de la democracia constitucional), Trotta, Madrid, 2011.

____ *Principia Iuris* (Teoría del derecho y de la democracia), T. 2. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2013

____ *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.

•FERRAJOLI, Luigi, MORESO, José Juan, ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

- FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, Taurus, México, 2000.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FIX-ZAMUDIO, Héctor, (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM-IIJ-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *Interpretación constitucional, T. I y II*, Porrúa, México, 2005.

- FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996.

- FERRERES COMELLA, Víctor, “Estudio introductorio” en SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia* (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana), Marcial Pons, Madrid, 2007.
 ____ *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- FEYERABEND, Paul K., *Contra el método* (Esquema de una teoría anarquista del conocimiento), (traducción castellana de Francisco Hernán), Ariel, Barcelona, 1974.

- 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.
- FIX-FIERRO, Héctor (Dir.), FLORES, Julia (Coord.), *Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IJ-UNAM-IFE, México, 2011.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, (presentación de Antonio Martínez Báez), Porrúa, México, 1964.
 ____ *Los procesos contemporáneos del poder judicial en México*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1998.

- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial* (El modelo de la República Federal de Alemania), (traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

- FREIXES SANJUÁN, Teresa, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 15, 2003.

- FULLER L. L., *La moral del derecho*, Trilas, México, 1967.

- G. DÜRIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" en *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar Verlag, 1956.

- G. GARCÍA MORELOS, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010.

- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.
 ____ *Verdad y método II*, (trad. de Manuel Olasagasti) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2006.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La interpretación constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74.
 ____ "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163.
 ____ *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 ____ "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en MANTILLA ESPINOSA, F., (ed.), *Controversias constitucionales*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 24.
 ____ "Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria", en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

____“Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares”, en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

•GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

____*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

____*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986.

____ *Criaturas de la moralidad* (Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos), Madrid: Trotta, 2009.

•GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 1989.

•GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado” en *Doxa (Cuadernos de filosofía del derecho)*, no. 9, Universidad de Alicante, 1989, pp. 209-213.

•GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho* (Bases argumentales de la prueba), Marcial Pons, Madrid, 2005.

•GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

•GERHARDT, Michael J., *The Power of precedent*, Oxford University Press, New York, 2008

•GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio” en *Doxa*, no. 4, 1987, pp. 87-117.

•GIRALDO FERNÁNDEZ, Javier, *Derechos humanos y cristianismo: trasfondos de un conflicto*, Dykinson, Madrid, 2008.

- GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Parliamentary sovereignty (Contemporary Debates)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

- GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2007.

- GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas y CARBONELL, Miguel, *El artículo 22 Constitucional y las penas en el Estado de Derecho*, UNAM-IIJ, México, 2007.

- GONZÁLEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "La interpretación jurídica en México", en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (Comp.), *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 250.
 ____ *Constitución y Derechos Humanos (Orígenes del control jurisdiccional)*, Porrúa, México, 2009.

- GOMES CANOTHILO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, (traducción de Carlos Lema Añón), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2004.

- GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*, Harla, México, 1990.

- GOZAÍNI, Osvaldo, *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

- GRABITZ, Eberhardt, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht", en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 98, n.1, 1973.

- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Dykinson, Madrid, 2011.

- GREPPI, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, (Prólogo de Norberto Bobbio), Marcial Pons-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Barcelona, Madrid, 1998.

- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

- GROPI, Tania y MEOLI, Chiara, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, (traducción y estudio preliminar de Miguel Carbonell), Dirección General de Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

- GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades* (Un análisis histórico), (traducción y <<Prólogo para civilistas de Ángel Miguel López y López>>Civitas, Madrid, 1992.
 ____ *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.
 ____ *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IJ, UNAM, México, 1999.
 ____ *Distinguiendo* (Estudios de teoría y metateoría del derecho), Gedisa, Barcelona, 1999.
 ____ “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 39-46.

- GUIBOURG, Ricardo A., “Alexy y su fórmula del peso”, en *Desafíos a la ponderación*, BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

- GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 17-18, Universidad de Alicante, 1995, pp. 271-302.

- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
 ____ *El Estado Constitucional*, IJ, UNAM, 2001.
 ____ *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008.

____ *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.

____ *Pluralismo y constitución* (Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta), (estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco), Tecnos, Madrid, 2002.

____ *Retos actuales del Estado Constitucional, Gobierno Vasco*, Bilbao, 1996.

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

____ "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, 17-18, Universidad de Alicante, 1995.

____ "Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft", en VAN OUYEN, Robert C. y MÖLLERS, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

•HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988.

____ "Derecho natural y revolución" en *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 87-122.

____ *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.

•HAMILTON, Alexander, *El federalista* (A. Hamilton, J. Madison y J. Jay), FCE, México, 2001.

•HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

____ *Post scriptum al concepto de derecho*, (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IJ-UNAM, México, 2000.

•HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, (con un prólogo para la edición española del autor), (traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruíz del Castillo), (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2003.

- HEGEL, G. W. F., “Filosofía del espíritu” en Enciclopedia de las ciencias filosóficas, Porrúa, México, 2004, pp. 344-346.

- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Konrad Adenauer Stiftung-UNAM-IIJ, México, 2005.

- HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.

- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010.

- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A. y CASTAÑEDA, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, Oxford University Press, México, 2009.

- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid, 2001.
 ____ *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo CEPC, Madrid, 2011.
 ____ *Verfassungs und Privacht Recht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

- HIGUERA AGEJAS, Fuencisla, “La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial” en DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (Dir.), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 257.

- HOBBS, Thomas, “Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil”, en *The english Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, (Collected and edited by William Molesworth, Bart) V. III, John Bonn, Henrietta Street, Convent Garden, London, 1839.

- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Gedisa, Barcelona, 2000.

- HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, (2a ed.), Böhlau Verlag, Köln, 1967.

- HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, España, 2004.

- HUMAN RIGHTS WATCH, *Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*, USA, 2009.

- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

- JAKOBS, M., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Heymanns, München, 1985.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada), IJ, UNAM, México, 2000.

- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales* (Concepto y garantías), Trotta, Madrid, 1999.

- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- _____*Reforma y mutación de la constitución*, (Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), (traducción de Christian Förster), (revisada por Pablo Lucas Verdú), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

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

- KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia*, (trad. Eugenio Ímaz), FCE, México, 2004.
- _____*Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), Porrúa, México, 2003, pp. 99-231.
- _____*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), Porrúa, México, 2003.

____ *La metafísica de las costumbres*, (trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 4ª ed., Tecnos, 2005.

____ *La paz perpetua*, (trad. F. Rivera Pastor), Porrúa, México, 2003.

____ *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizarraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

____ *The Philosophy of law. An exposition of the principles of jurisprudence as the science of right*, (trad. W. Hastie, B. D., T. & T. CLARK), Edinburgh, 1887.

•KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

____ "Prólogo a la primera edición" de *Teoría Pura del Derecho*", (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernego), Porrúa, México, 2003.

____ *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994.

____ *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México, 1993.

____ *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1993.

•KLATT, Matthias, "Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion", en *Ratio Juris* (An international journal of jurisprudence and Philosophy of Law), Vol. 20, Nº. 4, 2007, pp. 516-517.

•KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Second Edition, revised and expanded), (Foreword to the original edition by Roman Herzog, President of the Federal Republic of Germany), (New Foreword to the second edition by David P. Currie, University of Chicago School of Law), Duke University Press, Durham and London, Chicago, 1997.

____ *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

•KRAMER, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

•KRAUZE, Enrique, *Siglo de caudillos*, Fábula Tusquets, México, 2003.

____ *La presidencia imperial*, Fábula Tusquets, México, 2002.

- KROPOTKIN, Piotr, *Historia de la Revolución Francesa*, Vergara, Barcelona, 2005.

- KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

- LA TORRE, Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning (A new paradigm for the concept of law)*, (Law and Philosophy Library 79), Springer, Países Bajos, 2007.

- LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y ponderación constitucional (En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini)”, en *Diritto e questioni pubbliche*, No. 5, Palermo, 2005, pp. 66-85.

- LEIBNIZ, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, (trad. Eduardo G. Máynez), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960.

- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, (con Introducción de Karl Loewenstein) Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- LINARES, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- LOCKE, John, *An essay concerning human understanding*, (collated and annotated, with prolegomena, biographical, critical, and historical by Alexander Campbell Fraser), *Dover Publications*, New York, 1959.
 ____ *Concerning Civil Government, Second Essay, Great Books, Encyclopædia Britannic*, USA, Inc. V.33, 2nd ed., 1996.

- LOEWENSTEIN, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, en *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4, Agosto, American Political Science Association, Washington, 1937, pp. 638-658.
 ____ *Teoría de la Constitución*, (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, colección demos, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1976.

•LÓPEZ CALERA, Nicolás, *Yo, el Estado* (Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado, Trotta, Madrid, 1992.

____ *Introducción a los derechos humanos*, Comares, Granada, 2000.

•LÓPEZ GUERRA, Luis, “Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional” en VEGA GÓMEZ, Juan, y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 247-262.

•LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*, Reus, Madrid, 1985.

____ *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Beramar Ediciones, Madrid, 1993.

____ *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001.

____ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Dykinson, Madrid, 1997.

____ *Teoría General de las articulaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 1998.

•LUHMANN, N., *Los derechos fundamentales como institución* (Aportación a la sociología política), Universidad Iberoamericana-Oak Editorial, México, 2010.

•MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.

•MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico” en *Revista de Derecho Privado*, UNAM-IIJ, nueva época, año VI, núm. 18-20, septiembre de 2007 – agosto de 2008, pp. 47-61.

•MANASSERO, María de los Ángeles, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman”, en VV. AA. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Prólogo de Pedro Serna Bermúdez), Granada, 2005.

•MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978.

•MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, (traducción de Juan Miguel Palacios), Ediciones Encuentro, Madrid, 1983.

____ *Los derechos del hombre y la ley natural*, MARITAIN, Jacques, (traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva), Colección Orfeo, Buenos Aires, 1943.

•MARITAIN, Jacques y OKINCZYK, Joseph (coords.), (traducción de Juan Miguel Palacios), Ediciones Stvium de Cultura, Buenos Aires, 1949, pp. 37-63.

•MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

•MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

•MASFERRER, Aniceto (Ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency (Security and Human Rights in Countering Terrorism)*, Springer, Dordrecht, 2012.

•MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

•MELGAR ADALID, Mario, “Comentarios al artículo 100 Constitucional” en CARBONELL, Miguel (Coord.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada y concordada)*, UNAM-IIJ, México, 2009, p. 131.

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

•MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Porrúa, México, (1ª Ed. 1873), 1979.

•MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 81-98.

____ *Legal indeterminacy and constitutional interpretation*, Springer, Dordrecht, 1998.

- MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002.

- MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, (Estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros y epílogo de Gustavo Zagrebelsky), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- MÜLLER, Friedrich, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*, [Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico], GÓMEZ DE ARTECHE, Salvador (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006.
 ____ “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, pp. 111-126.

- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, “El gobierno del Poder Judicial los modelos y el caso español” en *Revista de las Cortes Generales*, no. 35, Madrid, 1995, pp. 167-239.

- NAVARRETE LINARES, Federico, *Los pueblos indígenas de México*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008.

- NAVARRO, María G., *Interpretar y argumentar la hermenéutica Gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2009.

- NAVARRO, Pablo E., “Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho”, en *Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Núm. 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. 243-268.

- NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2012.

- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos (Un ensayo de fundamentación)*, (2ª ed. ampliada y revisada), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM-IIJ, México, 2003.

- NOZICK, Robert, Anarquía, *Estado y Utopía*, (trad. de R. Tamayo), Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

- NÚÑEZ TORRES, Michael (Coord.) *El debido proceso en el Derecho Constitucional Procesal mexicano (A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales)*, Bosch, Madrid, 2013.

- O. RABASA, Emilio, *El pensamiento político constituyente de 1824*, Universidad México, 1996.

- _____*Historia de las constituciones mexicanas*, IIJ, UNAM, México, 2000.

- ORIZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, (Prólogo de Pablo Lucas Verdú), Comares-Universidad de Granada, Granada, 2003.

- OVALLE FAVELA, José, “Comentarios al artículo 13”, en CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, T. I, Porrúa-IIJ-UNAM, México, 2009, p. 265.

- P. KOMMERS, Donald, E. FINN, John, et. al. (Eds.), *American Constitutional Law (Essays, Cases, and Comparative Notes)*, Vol. 2: *Liberty, Community, and the Bill of Rights*, Rowman & Littlefield Publishers, University of Texas, Austin, 2009.

- PAINE, Thomas, Rights of man, *Los derechos del hombre, con introducción de H. N. Brailsford*, (trad. José Antonio Fernández de Castro y Tomas Muñoz Molina), FCE, México, 1986.

- PAZ, Octavio, “El escritor y el poder”, en *La Letra y el Cetro El Ogro Filantrópico* (Historia y política 1971-1978), Joaquín Mortíz, México, 1981.

•PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.

____ *Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

____ *Ética, poder y derecho* (Reflexiones ante el fin de siglo), Fontamara, México, 2000.

____ *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid España, Edición (2 ed. ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003.

____ *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

•PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (coomp.) *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.

•PEGORARO, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, (trad. Marta León Alonso), Dykinson, Madrid, 2004.

____ *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Colección FUNDAP, LXI Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, TCAEG, FACDER-UASLP, ANFADE, Querétaro, 2011.

•PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Gredos, Madrid, 1989.

•PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.

____ *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, (Presentación de Luis Villar Borda), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

____ *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

____ *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2005.

____ *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2010

____ "Seguridad jurídica", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J., (coord.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.

____ *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Editorial Tebar, Madrid, 2007.

•PERSILY, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008.

•PINTO FONTANILLO, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005.

•POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, pp. 23-45.

•POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, (Prólogo de José Antonio Souto Paz), Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2002.

•POSNER, Richard A., *Not a Suicide Pact (The constitution in a time of national emergency)*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

•POU, Francisca, “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197.

•POZZOLO, Susanna (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011. En *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho), no. 21-II, Alicante, 1998, pp. 339-353.

____ *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

•PRADO MAILLARD, José Luis, *Hacia un nuevo Constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.

•PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.

____ *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.

____ *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

____ *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

____ *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

•PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo, De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, (estudio preliminar y trad. de Salvador Rus Rufino), CEPC, Madrid, 2002.

•QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

•RABASA, Emilio O, *La Constitución y la dictadura: estudios sobre la organización política de México*, *Tip. de revista de revistas*, 3ª de Colón 32, México, 1912.

____ *El pensamiento político constituyente de 1824*, IIJ, Universidad Autónoma de México, México, 1986.

____ *Historia de las constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

•RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1997.

____ *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2001.

____ *Liberalismo político*, FCE, México, 1995.

•RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

•REAL, J. Alberto, "Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, pp. 694.

____ "La doctrina de la completitud del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo", en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho*. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 428.

- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

- REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.

- RIEDEL, Eibe y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer-Instituto Max- Planck, Heidelberg, 2008.

- RIPOL CARULLA, “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346.

- ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997.

- RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

- RODRÍGUEZ URIBE, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 2002.

- ROLL, Eric, A., *Historia de las doctrinas económicas*, FCE, México, 1994.

- ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Capítulo VI, Garnier, París, 1909.
 ____ *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Calpe, Madrid, 1923.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.

- SABINE, George, *Historia de la Teoría Política*, FCE, México, 1982.

- SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia* (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana), (estudio introductorio de Víctor Ferreres Comella), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

- SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM-IIJ, México, 2007.

- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207.

- SANTAMARÍA IBEAS, Javier J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), (prólogo de Gregorio Peces-Barba), Dykinson-Universidad de Burgos, Burgos, 1997.

- SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales” en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (Coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, UNAM-IIJ, México, 2010, pp. 351-390.

- SAVIGNY, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [traducción: M. Ch. Guenox], [vertido al castellano: Jacinto Mesía y Manuel Poley], [prólogo: Manuel Durán y Bas], F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878.

- SCHMILL, Ulises, *Las revoluciones* (Teoría jurídica y consideraciones sociológicas), Trotta, Madrid, 2009.

- _____*El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, México, 1971.

- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

- _____*La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

- SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 7, Enero-febrero 1979, pp. 7-35.
- ____ “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115.

- SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz), Konrad-Adenauer-Stiftung, (ed. Rudolf Huber), México, 2009.

- SEN, Amayarta, *Nuevo examen de la desigualdad*, (versión de Ana María Bravo), (revisión de Pedro Schwarz), Alianza Editorial, Madrid, 2000.

- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, (trad. de José Ma. Beneyto Pérez), CEC, Madrid, 1985.

- SIECKMANN, Jan-R (Ed.), *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la Teoría Jurídica De Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011.
- ____ *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

- SOBREVILLA, David, “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista* (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28.

- SOEHRING, Claas-Hendrik, *Vorverurteilung durch die Presse-Der publizistische Verstoß gegen die Unschuldsvermutung*, Hamburg, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930.

- STARCK, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011.

____“Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

•STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

•ŠUŠNJAR, Davor, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, Boston, 2010.

•TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, IIJ, UNAM, México, 2003.

•THORNHILL, Chris, *A sociology of Constitutions (Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective)*, Cambridge University Press, Cambridge.

•TORRES ESTRADA, Pedro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Limusa, México, 2006.

•TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, (trad. de María Morrás y Victoria Pineda), Barcelona, Ediciones Península, 2007.

____*Return to reason*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001.

•TREVELYAN, G. M., *Historia Política de Inglaterra*, versión Española de Ramón Inglesia, FCE, México, 1943.

____*Historia Social de Inglaterra*, (versión española de Adolfo Álvarez-Boylla), F.C.E., México, 1946.

•TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1998.

____*The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008.

•TRON PETIT, Jean Claude, *Argumentación en el amparo* (Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo), Porrúa, México, 2009.

•V. CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 2006.

- VALADÉS, Diego y BARCELÓ ROJAS, Daniel A. (coord.), *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano, A 180 años de la Constitución de 1824*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

- VANBERG, Georg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

- VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén, “La hermenéutica filosófica: una reflexión sobre el derecho como ciencia del espíritu”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica (Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología)*, Año 1, número 1 de la 2ª época, Enero-Junio de 2007, FACDyC-UANL, Monterrey, Nuevo León, 2007, pp. 42-86.
 ____ “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica (Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología)*, Año 2, número 4 de la 2ª época, Julio-Diciembre de 2008, FACDyC-UANL, Monterrey, Nuevo León, 2007,

- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 2006.
 ____ *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998.

- VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, (trad. Claudia Herrera), IJ, UNAM, Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004.

- VIEWEGH, Theodor, “Sobre el desarrollo contemporáneo de la Tópica Jurídica”, en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.

- VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (Elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2007.

•VON BOGDANDY, Armin, “Constitutional Principles” en VON BOGDANDY, Armin y BAST Jürgen, (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 5-6.

•VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional” (trad. de Jaime Nicolás Muñoz) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 5., Madrid, Mayo-Agosto 1982, pp. 9-34.

____ *Zur Drittwirkung der Grundrechte, Diss.*, 1998.

•WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993.

•WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, Vol. IV, No. 5, Diciembre, 1890.

•WEBER, Max, *Economía y Sociedad* (Esbozo de sociología comprensiva), Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

•WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

•ZACHER, Hans F., *Social Policy in the Federal Republic of Germany (The Constitution of the Social)*, Springer-Ministro Federal del Trabajo-Archivo Federal, Heidelberg, 2013.

•ZACHERT, Ulrich, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del trabajo*, (Estudio comparado con el Derecho español), Netbiblio, A Coruña, 2008.

•ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005.

____ *La exigencia de la justicia*, (traducción y presentación de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2006.

____ *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999.

____ “El Juez constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 10, Julio-Diciembre, Porrúa, México, 2008.

____ *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2008.

•ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication* (Deconstructing Balancing and Judicial Activism), Springer, Heidelberg, 2010.

•ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz* (Una crítica del globalismo jurídico), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2005.