ESTUDIOS

LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

ROCELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

PRÓLOGO DE J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™

THOMSON REUTERS
ARANZADI

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Prólogo

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2018

THOMSON REUTERS PROVIEW® eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.
La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Rogelio López Sánchez]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1308-312-4
DL NA 2584-2018
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Índice General

Página

ABREVIATURAS 13
PRÓLOGO 15
INTRODUCCIÓN 17

I. Prolegómenos y justificaciones 17
II. Metodología adoptada en la investigación 21
1. *Temas objeto de estudio* 21
2. *Ámbito espacial y temporal* 26
3. *Análisis dogmático comparado* 27
4. *Crítica jurídica* 27

CAPÍTULO 1

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL: EL PLANO DE LA INDETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL 31

I. Planteamiento de la problemática 31
II. El punto de partida: indeterminación de las normas sobre derechos y su necesidad de concreción 35
1. *La completitud del orden constitucional en H. Kelsen y R. Dworkin* 38
2. *La indeterminación de los sistemas jurídicos: H. Hart y T. Endicott* 46
2.1. Los sistemas jurídicos dúctiles como expresión de un orden plural de valores 49
2.2. Zona de penumbra y necesidad de concreción en los sistemas normativos constitucionales 53
III. La indeterminación de los derechos fundamentales 58

Página

IV. Principales doctrina(s) para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales 73
1. *Teorías subjetiva y objetiva* 74
2. *Criterio material: tesis de Böckenförde* 76
3. *Las tesis del orden objetivo de valores: Rudolf Smend* 80
4. *El criterio estructural: las teorías interna y externa* 81
5. *Las teorías absoluta, relativa y mixta* 83
6. *Teoría externa: principio de proporcionalidad* 92
   6.1. Subprincipio de adecuación o idoneidad 100
   6.2. Subprincipio de necesidad 103
   6.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) 105

V. Conclusión 107

CAPÍTULO 2

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA 113

I. Introducción: evolución histórica de los modelos de derechos en México 113

II. La construcción de las garantías de los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano del siglo XIX 115
1. *Precedentes constitucionales: la influencia del modelo de derechos en la Constitución de Cádiz de 1812* 118
2. *El modelo de derechos y garantías en la Constitución mexicana de 1824: la influencia de los modelos americano y francés* 121
3. *El modelo de derechos y garantías en la Constitución mexicana de 1857: la influencia del modelo americano* 123

III. La construcción de las garantías de los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano del siglo XX 127
1. *El modelo de derechos y garantías en la Constitución mexicana de 1917: las garantías individuales* 128
2. *La insuficiencia del modelo de garantías constitucionales en México durante el siglo XX a partir de la interpretación legicentrista* 129

Página

2.1. El agotamiento de modelo decimonónico de Garantías individuales en México 130
2.2. El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional 135
2.3. El juicio de amparo como instrumento protector de las garantías individuales en el Estado Constitucional mexicano y su reconfiguración 139
2.4. La ausencia de pautas interpretativas en el sistema jurídico mexicano durante el modelo de garantías constitucionales del siglo XX 147

IV. La construcción de las garantías de los derechos humanos el constitucionalismo mexicano del siglo XXI 164
1. *Introducción: la reconfiguración del modelo de Derechos Humanos en México a partir de la reforma constitucional de 2011* 165
2. *La apertura e incorporación al derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano* 167
   2.1. Cambio de paradigma: control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso 171
   2.2. Procesos de concreción de los derechos fundamentales: jerarquía vs armonización 181
3. *La construcción del contenido esencial de los Derechos Humanos en México a partir del criterio material: la dignidad humana como contenido esencial* 183
   3.1. Sentido (s) y significado (s) de la dignidad humana desde la hermenéutica constitucional 185
   3.2. La inclusión de la dignidad humana en las Constituciones modernas: la experiencia comparada en Alemania y España 194
   3.3. La dignidad humana como valor superior y como contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia mexicana 203
   3.4. La construcción de una imagen de persona humana desde la Constitución mexicana: un contenido esencial mínimo de derechos 212

V. Conclusión 215

Página

CAPÍTULO 3

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD Y DE LIBERTAD EN MÉXICO: UN ANÁLISIS CASUÍSTICO CON LA JURISPRUDENCIA COMPARADA 219

I. Introducción: la construcción del contenido esencial de los derechos de igualdad y de libertad en la jurisprudencia mexicana 219

II. Modelo actual de determinación del contenido esencial de derechos en la jurisprudencia mexicana 221

1. *El criterio estructural a partir del principio de proporcionalidad* 224
2. *El criterio estructural a partir del principio de razonabilidad* 242

III. El sistema de precedentes en México y la labor de la suprema corte como tribunal constitucional 251

IV. Casuística judicial más significativa sobre el contenido esencial de los derechos: análisis comparado 254

1. *Consideraciones previas* 254
2. *La garantía del contenido esencial a partir del principio de igualdad: casuística sobre la razonabilidad de trato* 256
3. *La garantía del contenido esencial de la libertad de expresión: casuística relevante sobre el criterio material* 273
4. *La garantía del contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad: casuística relevante sobre la el principio de proporcionalidad* 286

V. Conclusión 293

CAPÍTULO 4

CRÍTICA JURÍDICA A LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS UTILIZADA POR LA JURISPRUDENCIA MEXICANA 297

I. Introducción 297

II. La recepción de las doctrinas del contenido esencial de los derechos en México a partir del nuevo derecho a la tutela judicial efectiva 298

Página

1. *Consideraciones preliminares* 298
2. *La visión tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva en México: la concepción «formalista»* 306
3. *La construcción jurisprudencial de una nueva noción del derecho a la tutela judicial efectiva en México: hacia una concepción «sustancialista»* 316

III La debilidad de la doctrina del contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia mexicana: crítica jurídica 323

1. *Consideraciones previas: casuística relevante sobre la falta de consolidación de la doctrina del contenido esencial de los derechos en México* 323
2. *El derecho a la tutela judicial efectiva: vaciamiento de su contenido esencial* 326
3. *El derecho a la vida: vaciamiento de su contenido esencial* 335
4. *El derecho a la intimidad: vaciamiento de su contenido esencial* 360
5. *El derecho a la libertad personal: vaciamiento de su contenido esencial* 375

IV. Conclusión 395

CONCLUSIONES 399

BIBLIOGRAFÍA 403

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL 435

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil-Alemania)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (Jurisprudencia Constitucional-Alemania)
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CEP	Centro de Estudios Políticos (España)
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España)
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
UCHR	European Court of Human Rights (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
FACDyC	Facultad de Derecho y Criminología
FCE	Fondo de Cultura Económica
IIJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDP	Revista de Derecho Político
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
SJF	Semanario Judicial de la Federación
SCCC	Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STCFA	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
TCE	Tribunal Constitucional Español
UAM	Universidad Autónoma Metropolitana
UANL	Universidad Autónoma de Nuevo León
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
USC	United States Supreme Court (Corte Suprema de Estados Unidos)

Prólogo

El libro *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia mexicana* del Dr. Rogelio López Sánchez contiene un estudio muy pormenorizado y completo de carácter doctrinal, pero también desde el punto de vista de la praxis jurídica, de cómo la judicatura mexicana ha aplicado tradicionalmente el principio de proporcionalidad, sobre todo en la interpretación de las normas que contienen derechos que son fundamentales en la vida de las personas. Para ello, el autor utiliza una metodología cualitativa y comparativa.

El libro parte de los dos siguientes presupuestos. Por un lado, el punto de partida del estudio de la proporcionalidad que aborda el texto es la constatación de la indeterminación que presentan en ocasiones las normas jurídicas. El legislador escribe a veces el Derecho de modo abstracto, indeterminado, abierto. Siendo el ámbito de los derechos y su interpretación de los que más se impregnan de ese carácter incierto. H.L.A. Hart y T. Endicott en el contexto jurídico anglosajón y G. Zagrebelsky en el contexto jurídico continental son autores destacados que han teorizado con acierto, cada uno por distinta vía, sobre esta característica apreciable del Derecho.

Y, por otra parte, además del presupuesto de que la legislación que manejamos los juristas es a veces indeterminada, otro hecho que es presupuesto del cual parte el autor para desarrollar su análisis es la incorporación de elementos neo-constitucionalistas a nuestros sistemas jurídicos, y el sistema jurídico mexicano no es ajeno a esta circunstancia. Claro está, que el Derecho como sistema no esté formado únicamente por normas (como ha venido a traer el constitucionalismo contemporáneo) trastoca la interpretación jurídica tradicional (excesivamente positivista) y su argumentación. Téngase en cuenta que la pugna entre normas a la hora de la resolución de un caso dado siempre ha sido más fácilmente resoluble al contar, entre otros, por ejemplo, con el criterio de la jerarquía, que ha facilitado la interpretación cuando expulsa de la solución al caso a la norma

menor, aplicándose en toda su extensión la mayor. Sin embargo, la incorporación de los principios como contenido aplicable del Derecho (y aquí hemos de entender los derechos, los principios del Estado de Derecho, los principios que guían la actuación de los poderes públicos) no permite operar del modo anterior, es decir, con el criterio de jerarquía si la pugna jurídica se sitúa en posiciones de igualdad porque se discute entre dos derechos enfrentados. Y aquí es donde la proporcionalidad opera para ofrecer al intérprete una solución al caso planteado.

El texto que nos ocupa desarrolla todas las teorías que buscan proporcionar una solución al caso concreto cuando lo que se discute en este son derechos y sobre todo derechos fundamentales. El criterio de proporcionalidad no va a excluir a un derecho frente a otro, sino que va a ponderar, graduar, en qué medida se aplica uno y en qué medida se aplica otro. La traducción del principio de proporcionalidad al caso concreto es, en verdad, una tarea bien compleja, que ha venido desarrollando la jurisprudencia a partir de sub-criterios de aplicación que no siempre consiguen el resultado perseguido. El texto del Dr. Rogelio López Sánchez hace un recorrido magnífico, de carácter comparativo, para llegar a conclusiones de gran interés a la hora de contemplar cómo ha sido y cómo ha de ser la aplicación de la proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana en la pugna entre derechos fundamentales.

Estamos ante un texto muy recomendable para cualquier jurista interesado y estudioso en general del ámbito de la interpretación jurídica, y sobre todo para los investigadores universitarios que quieran indagar en especial en el ámbito de la resolución de conflictos entre derechos desde la aplicación del principio de proporcionalidad.

Jaén (España), 18 de Septiembre de 2018

J. Alberto del Real Alcalá

Catedrático (acreditado) de Filosofía del Derecho

de la Universidad de Jaén (España)

Introducción

I. PROLEGÓMENOS Y JUSTIFICACIONES

Las normas que contienen Derechos Fundamentales poseen un carácter indeterminado y abierto, susceptible de ser dotado de sentido a través de la interpretación y argumentación constitucional. La institución de la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales se centra precisamente en este contexto de vaguedad de las normas y su función estriba en generar un método que ayude en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, a la asignación de significado de los Derechos Humanos.

El tema seleccionado resulta de especial trascendencia debido a la labor que lleva a cabo el juez constitucional al momento de concretar normas de Derechos Fundamentales, principalmente por la existencia de valores y principios en las Cartas constitucionales. Este carácter de valores superiores como la dignidad, igualdad, libertad, y en el caso español, del pluralismo político, han significado un consenso y acuerdo plural de los fines que se persiguen en el Estado Constitucional, estos fines dejan al juez constitucional la posibilidad de elegir los cauces más adecuados para alcanzar su efectividad, tal y como apuntaría el maestro PECES-BARBA[1].

Este desplazamiento y descentralización de los procesos de concreción de normas a través de la superación del Estado decimonónico[2] implican

1. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1.ª reimp., 1986, p. 97; del mismo autor: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 46; *Constitución y Derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 23-24.
2. DEL REAL ALCALÁ, J. A., «Derechos Humanos y descentralización: regionalismo y localismo», en: *Historia de los derechos fundamentales. Ideologías políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, tomo IV, Siglo XX, V. II, Capítulo VII, (Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R.,) Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid) 2001, p. 370.

una actividad reforzada de parte de los jueces constitucionales y legisladores, quienes en su actividad de Poder reformador permanente del texto fundamental (en el caso mexicano) se les presentan numerosas dicotomías a zanjar, en tanto que el intrincado sistema constitucional normativo enraíza aún problemas propios del positivismo añejo y caduco, tales como el formalismo[3] y la existencia de complejas reglamentaciones que recogen valores y principios, pero sobre todo, muchas reglas.

La característica de textura abierta que encierran los derechos fundamentales trae desafíos enormes para el juez constitucional, pero sobre todo para encontrar los mejores criterios de validez normativa[4]. En el caso de los derechos fundamentales, determinar o asignar un contenido esencial a un derecho humano depende del contexto bajo el cual se analice, por una parte, se puede adoptar una posición moderada y activa en torno al ejercicio discrecional de la actividad jurisdiccional, todo ello dependiendo del grado de coherencia y plenitud que se quiera impregnar al sistema jurídico[5].

Dicho lo anterior, el ideal de interpretación objetiva de las normas de derechos fundamentales es pertinente para desvincular los principios, las normas o enunciados de su autor y dentro del sistema jurídico[6]. Sin embargo, este proceso hermenéutico y argumentativo resulta complejo, tomando en cuenta que el propósito de los valores contenidos en las Constituciones modernas es de fundamentar, orientar y criticar el sistema jurídico[7].

La presente investigación se enmarca en la corriente de pensamiento Neoconstitucionalista[8], la cual aglutina todo un conjunto de pensamientos

3. LLANO ALONSO, F. H., El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho un estudio iusfilosófico en clave comparativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 35.
4. DE ASÍS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 86.
5. PECES BARBA, G. M., FERNÁNDEZ, E., y DE ASÍS, R., «Lección novena. La interpretación y aplicación del derecho», en: *Curso de teoría del derecho*, (con la colaboración de María José Fariñas, Ángel Llamas, Javier Ansuátegui, Jesús P. Rodríguez y José María Sauca), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 242.
6. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. (Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón). Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1999, p. 576.
7. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *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.
8. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.

de la filosofía del derecho tan heterogéneo[9]. 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.

Desde la óptica de la teoría de la argumentación, la garantía de contenido esencial se enmarca en la justificación externa de las decisiones judiciales. En este sentido, Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es «un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte»[10]. Esta posición señala que se debe 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[11]; y por otra parte, 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.

Por tales motivos, la complejidad que encierran los principios en las Constituciones modernas reside en la intervención activa que requiere de parte de los jueces constitucionales. Inclusive, los procesos de concreción de las normas requieren de superar concepciones formalistas del derecho hacia visiones más sustancialistas y dinámicas[12]. La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico[13].

Precisamente, el propósito de la presente investigación es delinear algunas de las principales directrices que ha tomado la Suprema Corte

9. 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.
10. 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, pp. 110, 121, 124 y 150. p. 153 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.
11. 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.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 18.
13. GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, CEPC, Madrid, 2014, p. 55.

una actividad reforzada de parte de los jueces constitucionales y legisladores, quienes en su actividad de Poder reformador permanente del texto fundamental (en el caso mexicano) se les presentan numerosas dicotomías a zanjar, en tanto que el intrincado sistema constitucional normativo enraíza aún problemas propios del positivismo añejo y caduco, tales como el formalismo[3] y la existencia de complejas reglamentaciones que recogen valores y principios, pero sobre todo, muchas reglas.

La característica de textura abierta que encierran los derechos fundamentales trae desafíos enormes para el juez constitucional, pero sobre todo para encontrar los mejores criterios de validez normativa[4]. En el caso de los derechos fundamentales, determinar o asignar un contenido esencial a un derecho humano depende del contexto bajo el cual se analice, por una parte, se puede adoptar una posición moderada y activa en torno al ejercicio discrecional de la actividad jurisdiccional, todo ello dependiendo del grado de coherencia y plenitud que se quiera impregnar al sistema jurídico[5].

Dicho lo anterior, el ideal de interpretación objetiva de las normas de derechos fundamentales es pertinente para desvincular los principios, las normas o enunciados de su autor y dentro del sistema jurídico[6]. Sin embargo, este proceso hermenéutico y argumentativo resulta complejo, tomando en cuenta que el propósito de los valores contenidos en las Constituciones modernas es de fundamentar, orientar y criticar el sistema jurídico[7].

La presente investigación se enmarca en la corriente de pensamiento Neoconstitucionalista[8], la cual aglutina todo un conjunto de pensamientos

3. LLANO ALONSO, F. H., El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho un estudio iusfilosófico en clave comparativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 35.
4. DE ASÍS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 86.
5. PECES BARBA, G. M., FERNÁNDEZ, E., y DE ASÍS, R., «Lección novena. La interpretación y aplicación del derecho», en: *Curso de teoría del derecho*, (con la colaboración de María José Fariñas, Ángel Llamas, Javier Ansuátegui, Jesús P. Rodríguez y José María Sauca), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 242.
6. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. (Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón), Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1999, p. 576.
7. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *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.
8. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.

de la filosofía del derecho tan heterogéneo[9]. 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.

Desde la óptica de la teoría de la argumentación, la garantía de contenido esencial se enmarca en la justificación externa de las decisiones judiciales. En este sentido, Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es «un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte»[10]. Esta posición señala que se debe 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[11]; y por otra parte, 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.

Por tales motivos, la complejidad que encierran los principios en las Constituciones modernas reside en la intervención activa que requiere de parte de los jueces constitucionales. Inclusive, los procesos de concreción de las normas requieren de superar concepciones formalistas del derecho hacia visiones más sustancialistas y dinámicas[12]. La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico[13].

Precisamente, el propósito de la presente investigación es delinear algunas de las principales directrices que ha tomado la Suprema Corte

9. 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.
10. ZAGREBELSKY, Gustavo, «El Juez constitucional en el siglo XXI», en *Revista Iberoamericano 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, pp. 110, 121, 124 y 150. p. 153 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.
11. 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.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 18.
13. GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, CEPC, Madrid, 2014, p. 55.

de Justicia de la Nación mexicana en la construcción de precedentes judiciales en torno a la institución de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Nuestra *hipótesis* consiste en demostrar que la garantía del contenido esencial tiene su origen en el precedente judicial a pesar de no estar expresamente reconocida en la Constitución mexicana, que no obstante, no ha tenido un desarrollo dogmático en la jurisprudencia debido al reconocimiento formal del principio de proporcionalidad como canon de control de regularidad constitucional de los derechos fundamentales.

En efecto, el Tribunal mexicano ha adoptado una posición de teoría externa (principio de proporcionalidad) en torno a la cuestión de límites o restricciones a los derechos fundamentales, cuando en su jurisprudencia materialmente se consigna una teoría de contenido esencial objetivo e interno. Es decir, el legislador (especialmente el Poder reformador de la Constitución) define previamente los contenidos de las normas constitucionales y habilita al legislador para desarrollar el ejercicio de los derechos, tomando en consideración el complejo y abultado catálogo de reglas para el ejercicio de los derechos humanos.

En este contexto, uno de los principios y valores desarrollados con mayor ahínco en la jurisprudencia mexicana es la dignidad humana[14]. Su evolución ha significado una apertura sin precedentes en la creación de nuevos derechos humanos no reconocidos inicialmente por el Constituyente, mientras que en el caso europeo, han servido como directrices y pautas hermenéuticas para la mejor concreción de los derechos.

A continuación, se explicará la metodología adoptada en la presente investigación, iniciando con los temas objeto de estudio situando espacial y temporalmente la investigación dogmática y jurisprudencial realizada a partir del estudio de la doctrina especializada y el análisis comparado con los precedentes europeos.

14. ASÍS ROIG, R., «La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, *et. al. (Dir.) Comentarios a la Constitución Socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-172; 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. ampl., ref. y puesta al día) 2003, p. 77. Del mismo autor: «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», en: MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, p. 272. LLANO ALONSO, F. H., «El derecho al desarrollo en su dimensión humana y universal», en *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, coord. por Juan Soroeta Liceras Árbol académico, 2016, pp. 91-120.

II. METODOLOGÍA ADOPTADA EN LA INVESTIGACIÓN

El estudio empleará una metodología cualitativa y hermenéutica de carácter empírico, de alcance correlacional que no se limitará únicamente a un estudio dogmático del contenido esencial de los derechos, sino que analizará el efecto que tiene esa teoría en el ámbito de la praxis judicial. Asimismo, se pretende que la presente investigación genere indicadores y variables que sirvan a los juristas para detectar y evaluar desde una óptica hermenéutica jurídica y funcional el trabajo forense del juez mexicano, mediante la selección de los precedentes más emblemáticos que utilice el modelo de contenido esencial, a fin de sistematizar y clasificar el trabajo jurisprudencial e identificar aquellos elementos que potencializan o limitan los derechos humanos.

El método hermenéutico empleado en este trabajo encuentra su justificación en la necesidad de dotar de sentido y significado a los Derechos Humanos. La teoría del contenido esencial ha sido objeto de innumerables estudios dogmáticos que han generado un sinfín de clasificaciones que permiten reconstruir dogmáticamente los contenidos de los Derechos a partir de la interpretación de distintas realidades constitucionales. Para este propósito, se pretende en un primer término hacer un estudio deductivo, comenzando con las principales posiciones teóricas que existen sobre la teoría del contenido esencial, para realizar una propuesta que permita identificar en la teoría constitucional mexicana una idea de garantía de contenido esencial mínima.

El estudio de casos va aparejado con el estudio dogmático de la institución objeto de análisis, ya que se ha considerado indispensable enumerar algunos de los precedentes más emblemáticos en la jurisprudencia mexicana, y acompañarlos con la jurisprudencia extranjera, con el fin de explicar la importancia desde la visión práctica de una institución de gran talante en la teoría constitucional.

1. TEMAS OBJETO DE ESTUDIO

El camino a seguir para justificar esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos consiste en plantear la problemática que significa la ausencia de una auténtica doctrina jurisprudencial que reconozca expresamente el contenido esencial de los derechos en México. Para este propósito, se ha delineado como punto de partida las teorías de completitud e indeterminación del derecho más reconocidas y tradicionalmente aceptadas, a fin de plantear la problemática que encierra la indeterminación de las normas sobre derechos fundamentales y su necesidad de concreción de parte de los jueces constitucionales.

En segundo término, se explicitan las principales teorías sobre contenido esencial de los derechos fundamentales que recoge la doctrina más aceptada en la materia. Esto con el propósito de tener herramientas conceptuales y metodológicas que permitan ubicar en los subsecuentes capítulos cuáles son las teorías que adopta el juez mexicano al momento de analizar límites o restricciones a los derechos fundamentales.

Por tanto, en la última se analizará el canon de control para los límites a los derechos fundamentales expresamente reconocido en la jurisprudencia mexicana, se trata del empleo del principio de proporcionalidad en sus tres fases: idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales.

El lector podrá encontrar cada capítulo sistematizado y ordenado de la siguiente manera. Al inicio se plantea la problemática a abordar a través de un pequeño preámbulo, explicando los puntos a abordar en cada uno de los capítulos. El contenido propiamente de los capítulos expone la teoría que nos ha parecido más significativa. Por último, se encontrará al final de cada capítulo una Conclusión final de cada temática, con la finalidad de resumir y brindar un panorama sintético al lector sobre la problemática que se aborde puntualmente en cada sección.

En tal sentido, en el capítulo 2 se formulará un estudio integral sobre la evolución que han tenido las garantías constitucionales de los Derechos Humanos en México desde una perspectiva histórico-normativa hasta el actual estado de cosas, el cual permite integrar a la actividad hermenéutica de los jueces constitucionales el *corpus iuris* latinoamericano a través del sistema regional interamericano de derechos humanos.

Luego entonces, se pondrá de manifiesto que a pesar de contar con un instrumento de tutela de los derechos fundamentales como el juicio de amparo, su efectividad durante el siglo XX fue severamente criticada por los círculos doctrinales y gran parte de los operadores del derecho en el país. Por tanto, se explicará cómo el sistema jurídico mexicano, inspirado en las ideas del constitucionalismo americano, consiguió asimilar y configurar un modelo propio de garantías, el cual tuvo una intermitencia como consecuencia del debilitamiento del Poder Judicial y la prevalencia del poder político.

En la primera parte de ese capítulo será analizado la configuración de instituciones que a partir de la interpretación de la soberanía nacional, derivó en un modelo interpretativo legicentrista, propio del modelo estatalista francés de recelo a la institución judicial, que propició en el sistema jurídico mexicano un déficit en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales hasta finales de los años ochenta. El paradigma

de las garantías constitucionales se configuró con la Constitución de 1857, así como el Acta de Reformas de 1847.

Esta evolución o tránsito de un paradigma hacia otro con la Constitución de 1917, generó una ausencia notable de control constitucional de las leyes. La garantía de los derechos fundamentales, a pesar de estar expresamente en la nomenclatura de los derechos (garantías individuales), se encontraba ausente, debido a una concepción reduccionista de derecho subjetivo e interés jurídico que prevaleció hasta finales del siglo XX.

En la última fase de ese capítulo se explicará el modelo de garantías a los derechos humanos adoptado por el juez mexicano a partir del Caso Radilla, resuelto por la Corte mexicana posterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos. No cabe duda que la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos frente a la indeterminación de las normas de la Constitución mexicana, generó la automática incorporación de los instrumentos internacionales al sistema jurídico interno.

En tal sentido, se observa en la jurisprudencia de la Corte mexicana un paulatino reconocimiento sobre la garantía del contenido esencial de los derechos humanos a través de la teoría del orden objetivo de valores. Este desarrollo jurisprudencial ha ido fortaleciendo los valores superiores del ordenamiento jurídico (dignidad humana y libre desarrollo de la persona), a partir de la interpretación del principio de igualdad y no discriminación, y su empleo en la resolución de casos difíciles.

Esta reconstrucción de un núcleo duro identificable en principios y valores como la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona constituyen dos pilares fundamentales del Estado Constitucional mexicano y de la jurisdicción constitucional de este país. La propuesta en el capítulo 2 consiste en estudiar la evolución de este modelo de garantías meramente formales hacia un paradigma de Constitución material, a través de la interpretación constitucional del contenido esencial de los derechos.

Los dos capítulos siguientes tienen el carácter de jurisprudenciales y recogen la doctrina expuesta en los dos primeros. La idea fundamental es en primer término (Capítulo 3) hacer una sucinta exposición sobre el modelo jurisprudencial que ha sido adoptado sobre la garantía del contenido esencial. En segundo lugar (capítulo 4), consiste en realizar una crítica jurídica sobre la adopción de dicho modelo poniendo de manifiesto en ambas situaciones, algunos de los casos más emblemáticos resueltos por dicho Tribunal.

La primera línea interpretativa para la asignación de significado (contenido esencial) a un derecho fundamental ha sido a través del principio

de proporcionalidad y el favorecimiento del principio de igualdad en un caso relacionado con discriminación en contra de elementos de las fuerzas armadas por haber contraído VIH. Sin embargo, el criterio hermenéutico que prevalece en este primer asunto es una teoría externa de los derechos fundamentales, estableciendo como canon interpretativo el principio de proporcionalidad. Si bien, este primer intento de la Suprema Corte mexicana descubre por vez primera las reglas sobre las limitaciones a las entonces llamadas Garantías Individuales, a través de las tres fases (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), este método será el preámbulo y la antesala para el empleo del test de razonabilidad anglosajón, muy similar al que emplea la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica.

Por consiguiente, otro de los objetivos de dicho capítulo (3) consisten en llevar a cabo un intento de sistematización sobre este conjunto de precedentes dictados por el máximo Tribunal mexicano en torno a los principios de igualdad y libertad, fundamentales para comprender el devenir de la jurisprudencia mexicana en casos posteriores, haciendo un ejercicio intelectual de comparación con la labor del Tribunal Constitucional Español en casos similares.

Debe puntualizarse que el Tribunal mexicano no es Tribunal Constitucional, por lo que su jurisprudencia no tiene la calidad de precedente vinculante, motivo por el cual se explicará al inicio de ambos capítulos (3 y 4) la complejidad que encierra el sistema de precedentes mexicano, detallando cuales son las razones por las que se han seleccionado los casos que son objeto de estudio, y de esta manera, diferenciarlo con la selección de precedentes elegidos del Tribunal Constitucional Español.

La estructura del contenido esencial de los derechos humanos inicia con el principio de igualdad, por lo que la dignidad humana como valor superior se convierte en el catalizador para la creación de nuevos derechos, en casos relativos a igualdad sustantiva, personas transexuales, matrimonio homosexual, entre otros. Dado que en España existen precedentes con similitudes fácticas, se empleará la sentencia relativa al matrimonio homosexual resuelta por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de comparar el ejercicio hermenéutico de ampliación del contenido esencial al libre desarrollo de la personalidad en cada uno de los dos tribunales.

Posteriormente, se llevará a cabo un análisis comparado del derecho a la libertad de información (expresión) y su colisión con el derecho al honor e intimidad de los particulares. Para ello, se emplearán dos casos emblemáticos en ambas jurisdicciones, con el propósito de comparar los métodos hermenéuticos a través de los cuales se da un contenido predeterminado a

la libertad de expresión en el caso mexicano, empleando una teoría absoluta del contenido esencial frente al empleo del canon de proporcionalidad en el caso español, a través del balanceo de ambos principios (libertad informativa vs intimidad).

Por último, resulta de alta relevancia uno de los últimos precedentes con los que se ha realzado la labor de la Suprema Corte en torno al libre desarrollo de la personalidad. Se trata del asunto de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley General de Salud que prohibían el uso recreativo del cannabis. No cabe duda que los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad se han convertido en dos herramientas de gran valía para la Corte mexicana. Su prolijo desarrollo desde hace una década, ha detonado una serie de variantes interpretativas sin precedentes en la justicia constitucional mexicana.

El capítulo final de la presente investigación contiene el aparato crítico de la jurisprudencia analizada. Consiste en plantear problemáticas y obstáculos que ha tenido la doctrina del contenido esencial de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana. En esencia, se critica ampliamente la adopción del principio de proporcionalidad como canon para configurar límites o restricciones constitucionalmente válidos a los derechos fundamentales.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, el principio de proporcionalidad como paradigma para el control de límites ha sido solo parte de un andamiaje formal por los jueces mexicanos, ya que en los casos seleccionados en ese capítulo se podrá demostrar el predominio de una teoría interna, objetiva y material de los derechos fundamentales. Es decir, una predisposición por lo establecido por el legislador, a través de un contenido esencial predeterminado y respetuoso de la competencia legislativa, sin análisis material de pruebas o control constitucional de normas.

Dicho lo anterior, es indispensable conocer en primer término el modelo embrionario de contenido esencial de derechos a partir de la tutela judicial efectiva, ya que es el pilar de cualquier ordenamiento jurídico. En tal sentido, se realizará de manera puntual un estudio comparativo entre la negativa de este paradigma a partir de una serie de decisiones que fueron recurridas ante la CIDH, y que posteriormente fueron analizadas por la SCJN. En esencia, se trata de demostrar el desplazamiento del derecho adjetivo de acceso a la justicia y el tránsito hacia un modelo sustantivo a partir de la redefinición del contenido esencial del mismo siguiendo los parámetros y directrices amplios que se han delineado a partir de la doctrina del debido proceso.

La siguiente sección de ese último capítulo explica cuáles han sido los principales obstáculos para la consolidación de la doctrina del contenido esencial en asuntos seleccionados por su trascendencia y relevancia, de acuerdo a las pautas delineadas en el punto 3.3 del capítulo 3 de esta investigación. Estos asuntos están relacionados con cuatro temáticas de alta importancia: el primero con el derecho a la verdad y justicia en el Estado mexicano por la persecución de los crímenes históricos en contra de estudiantes durante los años setenta; el caso de la despenalización del aborto, la lesión del derecho al honor frente al derecho de los periodistas a la libertad de expresión, y por último, la figura penal del arraigo ante el principio de seguridad y derecho de las víctimas en un contexto de inseguridad ciudadana que padece el Estado mexicano.

No cabe duda que estas temáticas puntuales responden a valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la seguridad jurídica. 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 este 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 de un renovado contenido esencial.

El presente trabajo se encuentra estructurado en un preámbulo al inicio de cada capítulo así como una Conclusión al final de ellos, con el fin de brindar al lector una panorámica integral y sintética sobre lo abordado en cada sección. La idea del autor consiste en demostrar que la construcción jurisprudencial de un modelo de contenido esencial de los derechos humanos en México ha estado plagado de claroscuros y zonas de penumbra que aún no han sido resueltas ni precisadas por el legislador o el juez constitucional mexicano.

2. ÁMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL

El presente estudio se delimita espacial y temporalmente en la última época de apertura del Poder Judicial Federal y en concreto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del año 2003, con el surgimiento de precedentes judiciales con mayor contenido dogmático y de orientación hermenéutica constitucional, a través de la interpretación de las normas de contenido iusfundamental. La jurisprudencia mexicana se encuentra en una fase fundadora de principios y valores constitucionales que se ha desarrollado en los últimos 10 años de manera prolija mediante la

interpretación de principios como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Por consiguiente, se analizarán los precedentes de la Corte mexicana que van desde el año 2006 a 2016. En tanto que de la jurisprudencia comparada como la española se analizarán asuntos del Tribunal Constitucional Español a partir del reconocimiento expreso de la garantía del contenido esencial de los Derechos en su jurisprudencia.

3. ANÁLISIS DOGMÁTICO COMPARADO

Tal y como se ha anunciado en el anterior epígrafe, la intención también es ubicar y detectar algunos puntos de referencia comunes entre ambas jurisprudencias (Española y mexicana) sobre contenido esencial de los Derechos Fundamentales, pero sobre todo, en la metodología empleada para concretar los límites a los Derechos en ambas latitudes. La relevancia y utilidad de emplear un método comparado se encuentra en la necesidad de verificar los modelos de teorías de contenido esencial utilizados por el Tribunal Constitucional Español, y verificar si la Suprema Corte mexicana realiza o formula un análisis dogmático similar con los Tribunales europeos.

4. CRÍTICA JURÍDICA

Existen numerosos asuntos en los cuales el juez mexicano ha dejado en la mesa pronunciamientos frontales sobre temáticas controvertidas como la ponderación y determinación del contenido esencial del derecho a la vida en el caso del aborto, los límites y alcances del libre desarrollo de la personalidad en el asunto del uso recreativo del cannabis, el ejercicio desmedido de la libertad informativa ante el vaciamiento del derecho al honor de particulares, justicia transicional y combate al crimen organizado.

Las anteriores temáticas implican el uso de herramientas que brinda la dogmática constitucional y la teoría de los derechos fundamentales. El ejercicio crítico que aquí se realiza parte del análisis de casos prácticos, así como de la doctrina más aceptada en materia de contenido esencial de los derechos fundamentales. Se adopta una posición desde la perspectiva estructural de los derechos, más no del contenido axiológico o valorativo de las decisiones.

Explico lo anterior, el análisis científico aquí realizado parte de cánones interpretativos y argumentativos que han sido delineados por la doctrina para tener como válida la asignación de significado a los contenidos esenciales de los derechos humanos. El propósito es demostrar que, en

ocasiones la Corte mexicana prescinde de estas herramientas y emplea de manera vacía el principio de proporcionalidad; es decir, ponderando valores, pero sin tomar o asumir una posición, ya que podría resultar comprometedora desde el plano axiológico, olvidando el orden objetivo de valores.

La casuística judicial como herramienta para ejemplificar estos hierros nos ha parecido adecuada, toda vez que pone de manifiesto de una manera práctica, cada una de las problemáticas que en la última década ha afrontado el juez mexicano y cuya trascendencia a nivel nacional e internacional, ha permeado la jurisprudencia de ese país, al nivel de llegar a constituir precedentes emblemáticos. Esperemos que dicho propósito resulte atractivo al lector y permita comprender la jurisdicción constitucional mexicana, que en ocasiones resulta compleja y llena de sobregiros interpretativos, pero que en la última década, ha tenido una apertura sin precedentes a la crítica académica de sus decisiones.

En síntesis, se formula un aparato crítico sobre la noción de contenido esencial de los Derechos en la jurisprudencia mexicana, explorando a la luz de la jurisprudencia comparada los elementos comunes o ausentes para verificar su adecuado empleo por el Tribunal mexicano, en relación con el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia española y alemana principalmente, a partir de casos emblemáticos en ambas naciones, tomando como punto de referencia que los países continental europeos forman parte de un sistema de precedentes más flexible, en tanto que en el caso mexicano, la Suprema Corte actúa en la mayor parte de las ocasiones como un órgano de legalidad, donde los problemas de fondo aún siguen pendientes de resolver ante la ausencia de técnicas más depuradas para la solución de colisiones o enfrentamientos entre dos o más derechos o principios constitucionales.

La teoría del contenido esencial de los Derechos Fundamentales que será analizada en las siguientes páginas, busca ser una herramienta que dote precisamente de un grado de certeza los procesos hermenéuticos y argumentativos que llevan a cabo los jueces constitucionales mexicanos al momento de resolver casos difíciles de derechos humanos.

Este libro es resultado de mi proyecto de investigación doctoral evaluado en otoño de 2017 por el sínodo de doctores Rafael de Asís Roig (Presidente), Catalina Ruiz-Rico Ruiz (Secretaria), y Fernando Higinio Llano Alonso (Vocal), para obtener mi grado de doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Jaén, España, bajo la tutela de mi Director de Tesis, J. Alberto del Real Alcalá, así como a Rafael Enrique Aguilera Portales, como Codirector de la misma. Agradezco enormemente las

facilidades, capacidad intelectual, sencillez y extremada paciencia puesta a mi disposición en todo momento de parte de Alberto como de Rafael para avanzar en el duro proceso de investigación, así como su invaluable capacidad para hilar de manera brillante el pensamiento, generar conocimiento y concretar muchas de las ideas que son expuestas en esta investigación. A mis sinodales, agradezco en sobremanera sus amables y atinadas observaciones realizadas en la defensa de mi tesis, las cuales he tratado de incorporar en la medida de lo posible para mejorar el trabajo allí realizado, aclarando al lector que cualquier error u omisión sobre fallas sustanciales o de forma que tenga la presente investigación son responsabilidad única de un servidor.

Igualmente, quiero agradecer especialmente a mi familia, por su invaluable apoyo y sus sacrificios, que espero se vean reflejados en esta investigación. A quien espero, sea mi compañera de vida, Lizzy, con todo el amor del mundo. A mis amigos de la academia y seres extraordinarios, llenos de vida e incondicionales amigos: Michael Núñez Torres, José Zaragoza Huerta y Gastón Enríquez Fuentes, quienes en su actuar cotidiano predican los valores de humildad, justicia y lealtad, tanto en la administración pública como en la praxis judicial.

Asimismo, quiero reconocer a mis amigos que siempre me han apoyado en mi crecimiento personal y profesional, siendo partícipes de este modesto trabajo en España y en México: José Luis Leal, Gretel Tristán, Irene y Gerónimo. Debo reconocer igualmente a todos mis alumnos, a quienes trato de alentar diariamente a ser partícipes de este apostolado que implica la academia. Agradezco igualmente el patrocinio del Ayuntamiento de Villaldama, Nuevo León, por conducto de su Presidente Municipal, Gonzalo Robles Rosales, quien a través de un proyecto de difusión cultural se ha atrevido a impulsar los Derechos Humanos como piedra angular en su administración, y cuyo apoyo ha servido enteramente para que esta obra se publicara en la editorial Aranzadi. Este proyecto científico también está dedicado a las incontables víctimas de las violaciones diarias y sistemáticas a los Derechos Humanos que suceden en mi país. De todo corazón, deseo que este proyecto académico prospere más allá de los confines académicos. Porque los derechos más allá de normas: son lenguaje y realidad.

Capítulo 1

El contenido esencial de los derechos como garantía institucional: el plano de la indeterminación constitucional

I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

La tesis de la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Constitución mexicana no ha sido establecida por el Constituyente de 1917, ni por las más de 450 reformas constitucionales que han sucedido a su promulgación. La última reforma constitucional de junio de 2011, así como su consecuente interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla (Expediente varios 912/2010) trajo consigo un viraje de paradigma: *los derechos humanos como parámetro de regularidad de control de la constitucionalidad*[1], dejando consigo huellas del formalismo jurídico por posibles vaciamientos de contenido esencial de derechos ante *antinomias constitucionales*, tal es el caso emblemático del arraigo en contra de la libertad personal[2], que sin una investigación previa permite la privación de la libertad hasta por 80 días[3], reducido en términos

1. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.). Registro núm. 2 006 224.
2. Ver sentencia relacionada con el Amparo Directo en Revisión 1250/2012.
3. Artículo 16, de la CPEUM, párr. 8 y 9: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea 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. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas

más simples: la privación a la libertad se convierte en un medio para poder investigar.

Sin duda, el problema del sistema de fuentes en el derecho mexicano ha sido una preocupación constante en los últimos años, tanto en el plano de la doctrina como en el de la jurisprudencia. Hoy en día, existen dos visiones encontradas entre la Primera y Segunda Salas, ambas de la SCJN, y cuya diferencia reside esencialmente en una concepción amplia (Primera Sala), frente a una versión reducida de los Derechos Humanos (Segunda Sala). La primera, que apertura los contenidos frente a los instrumentos internacionales existentes con posibilidad de optimizar principios que favorezcan más a la persona, frente a una concepción estrecha, que reduce a una simple regla de limitaciones constitucionales (reserva constitucional) cualquier posibilidad de optimizar principios.

En el fondo se trata de un problema ideológico y concepción de la Constitución como un documento meramente formal y reglamentario ante la concepción material y normativa. Una de las enormes complejidades denunciadas en muchas ocasiones por la doctrina, ha sido el constante aumento de reglamentación de Derechos en la propia Constitución mexicana con el objeto de blindar las limitaciones a estos. Este diseño metodológico ha permitido una innumerable cantidad de cambios constitucionales que rayan en la esquizofrenia constitucional, propia de un Estado decimonónico, legicentrista o quizá podríamos calificarlo de «*legocentrista*».

La premisa es muy sencilla: el legislador nunca se equivoca, mucho menos el «Constituyente permanente», que tiene 100 años poniendo parches a la Constitución y creando lo que podemos denominar *mecanismos de reserva constitucional* a través de reglamentaciones a los derechos humanos ya sea en la propia Ley Fundamental, o bien, a través de Leyes Reglamentarias –leyes nacionales– (que conforman una especie de Leyes Orgánicas, y que por cierto, su naturaleza nunca ha sido dilucidada por la Suprema Corte). Para ejemplificar esto último, cabe observar la reforma constitucional educativa (art. 3.º), que se asimila más a un cambio de estatuto profesional magisterial que a principios constitucionales relacionados con el derecho a la educación.

que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende 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.

En este contexto, la cantidad de estudios en el país que existen sobre la garantía del contenido esencial de los Derechos Humanos son escasos, ya que la mayor parte aborda dicha garantía desde el principio de proporcionalidad o razonabilidad, tal y como ha sido entendido por la Suprema Corte. Sin embargo, durante la exploración que se ha realizado de los precedentes más emblemáticos que han marcado las principales líneas jurisprudenciales del máximo Tribunal Mexicano, la construcción del contenido esencial de los derechos se ha asimilado más a una línea de teoría material u objetiva de los derechos fundamentales, ya que en muchas ocasiones, en la resolución de casos la concreción del derecho es previa a la ponderación, siendo esta herramienta un ornamento, pero que se convierte en un método que solamente sirve aparentemente para estructurar la decisión, tales son los casos de arraigo, geolocalización de teléfonos móviles, derecho al honor, entre otros, analizados en la presente investigación.

Ante la existencia de este déficit coyuntural sobre la ausencia de herramientas conceptuales que auxilien la labor del operador jurídico para concretar los derechos humanos desde una perspectiva interna, es necesario explorar cuáles son las principales teorías que ayuden a explicar de manera eficiente la estructura de los derechos fundamentales y su limitación, pero sobre todo, que finalmente empaten con la realidad normativa mexicana. Esto último tiene que ver con la resolución de casos por la SCJN con base en teorías principialistas en lugar de un modelo de reglas. Sin embargo, lo que no se toma en cuenta es que, en gran parte de las ocasiones el contenido de la Constitución mexicana son reglas y no principios.

Esta problemática se relaciona con la labor de la técnica del legislador al momento de confeccionar normas constitucionales y establecer cláusulas de apertura en los Derechos Humanos. Sin embargo, el legislador mexicano se ha preocupado más por establecer «cláusulas de concreción» de los derechos, que dejan al juez un pequeño margen de discreción para dotar de contenido o solucionar posibles colisiones de derechos. Por ello, se vuelve indispensable comprender en un primer momento, las principales teorías que explican el modelo de normas constitucionales a partir de la indeterminación y completitud de los ordenamientos jurídicos.

En este contexto, el presente capítulo tiene como propósito el estudio de la teoría de la completitud e indeterminación en los sistemas jurídicos con la finalidad de explicar la dinámica de las normas constitucionales. En este contexto, el plano de la indeterminación estructural y normativa serán dos elementos fundamentales para comprender la teoría principialista de los derechos fundamentales. La construcción de los límites y

restricciones a los derechos se da a partir de cláusulas de apertura, pero su concreción es a través del empleo de una teoría interna o externa, es decir, la configuración de los límites a los derechos se da desde el núcleo esencial del propio derecho, o bien, a partir de límites externos.

Por este motivo, el segundo epígrafe tiene como propósito explicar las principales teorías de los derechos que auxilian al intérprete constitucional a dotar de contenido esencial. La primera posición doctrina son las teorías materiales de los derechos fundamentales, cuyo autor clásico es Böckenförde, quien bajo una posición objetiva, propone de dotar de contenido esencial a los derechos desde una óptica interna. Esta posición ha sido asumida por la Suprema Corte mexicana, tratándose de asuntos relacionados con colisiones entre la libertad de información y el derecho al honor de los particulares.

Es importante referir que se hará una mención especial a la teoría del orden objetivo de valores, propia de la doctrina jurisprudencial alemana de la Posguerra (fallo Lüth), y la cual parte de la doctrina constitucional de Rudolf Smend sobre el orden de valores. Su impacto en la jurisprudencia mexicana ha sido invaluable, ya que la dignidad humana ha sido reconocida por el máximo Tribunal mexicano como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y base de todos los derechos. En tal sentido, la dignidad entendida como una regla y principio constitucional, potencializa el contenido esencial de gran parte de los derechos humanos.

Asimismo, se analizan las teorías interna y externa de los derechos fundamentales. Dentro de la primera teoría se explicitan las teorías absoluta, relativa y mixta, desde el pensamiento de autores clásicos como F. Müller, K. Hesse, P. Häberle, así como autores contemporáneos como I. de Otto y Pardo, L. Prieto Sanchís, J. C. Gavara de Cara. Por su parte, la teoría externa en autores defensores de la teoría principialista como R. Alexy, J. Sieckmann, M. Borowski, L. Clérico, C. Bernal Pulido, entre otros.

Es importante también puntualizar sobre el necesario empleo de la técnica de la ponderación como método para conciliar intereses o valores en conflicto, la cual es empleada al momento de concretar el contenido esencial de los derechos a través de esta garantía institucional en algunas Constituciones como la Alemana y Española. Por ello, se explicará en la última parte de este capítulo la relevancia trascendental que guarda el principio de proporcionalidad mediante sus tres fases: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

La finalidad es tratar de conciliar la postura del contenido esencial de los derechos de manera similar a lo que propone la teoría institucional explicitada en autores como P. Häberle, es decir, a través de la concepción

de los derechos en su doble dimensión: institucional e individual. El principio de reserva de ley habilita al legislador para intervenir en el contenido de los derechos, pero se requiere conciliar intereses individuales y sociales a través de la técnica de la ponderación cuando se trata de concretar y configurar la esencia de los mismos. En este contexto, el punto de partida de nuestra investigación será la indeterminación de las normas de derechos fundamentales y su concreción a través de las teorías ya referidas sobre contenido esencial.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: INDETERMINACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS Y SU NECESIDAD DE CONCRECIÓN

La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico[4]. Si bien, desde una óptica netamente positivista-legalista, se podría afirmar que estas cualidades representan síntomas negativos, 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.

Fuller afirma 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[5].

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

4. GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, CEPC, Madrid, 2014, p. 55.
5. FULLER, L. L., *La moral del derecho*, Trillas, México, 1967, p. 56 y ss.

del ordenamiento jurídico[6]. 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[7], aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas e iusnaturalistas bajo un mismo paradigma[8].

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[9].

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 con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte»[10]. Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en

6. 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*, (4.ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.
7. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.
8. 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.
9. 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, Luis, *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.
10. 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, núm. 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.

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[11]; y por otra parte, 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.

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»[12]. 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 derecho por los propios Tribunales. En este camino, me

11. 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.
12. HART, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

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 de los distintos mecanismos de interpretación.

1. LA COMPLETITUD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN H. KELSEN Y R. DWORKIN

Tanto H. Kelsen como Ronald Dworkin sostienen visiones en apariencia distintas sobre la teoría de los derechos fundamentales, sin embargo, un punto de coincidencia fundamental es su teoría de la discreción judicial y la teoría interpretativa. Mientras Dworkin pugna o defiende un liberalismo político e incluso sostiene posturas iusnaturalistas, contrarias al positivismo jurídico (aunque este 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 este sea indeterminado.

Si bien, este hallazgo se encuentra por caminos bastante distintos[13]. 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 tendremos 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.

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»[14]. La idea principal del jurista checo, era obte-

13. REAL, J. Alberto del, «¿"Paradoja" de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», p. 7.
14. 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.

ner 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»[15].

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)[16]. 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»[17].

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»[18]. En caso de existencia de lagunas, el jurista debe actuar o debe asumir una posición un tanto engañosa, es decir, debe actuar «como si» aquellas 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

15. KELSEN, Hans, «Prólogo a la primera edición», *op. cit.*, p. 7.
16. BULIGYN, E., «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Iuris*, n.° 3, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, 1990, p. 31.
17. GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145.
18. KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, p. 132; BINDDRE-ITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002, 143.

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»[19]. 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[20], 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.

En este sentido, la doctrina de Kelsen, sostiene entonces una tesis de completitud del derecho, debido a que este 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 este la validez de otro orden cualquiera»[21].

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»[22]. 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

19. GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 159.
20. KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, *op. cit.*, p. 25.
21. KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis Legaz y Lecambra), (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.
22. KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 389.

resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar»[23]. De acuerdo a ello, la teoría de las lagunas será calificada como «errada» por el propio profesor checo.

> 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.
>
> ...
>
> 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 solo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna[24].

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[25]. 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[26].

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);

23. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México, p. 177.
24. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 255.
25. REAL, J. Alberto del, «¿"Paradoja" de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», p. 7.
26. 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 giuridico, El problema del positivismo jurídico, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18.

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;

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 aquellos 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 ideológica, en la cual se decide si esta 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[27]. Por tanto, consideramos 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.

En este sentido, se reafirma que el paralelismo entre la doctrina de Kelsen y Dworkin pretendemos 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

27. 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.

quedar inscrita bajo el esquema neoiusnaturalista[28]. El jurista 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»[29]. 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[30].

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»[31]. Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por vencida ante la única defensa del erizo: sus púas[32]. 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.

Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos[33]. 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. Esta 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.

28. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Editorial Tebar, Madrid, 2007, pp. 36-37.
29. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.
30. 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*, 1.ª reimp., México, FCE, 1995. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.
31. DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2011, p. 1.
32. BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Moschnik Editores, Océano, Barcelona, p. 17.
33. DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.* p. 2 y ss.

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»[34]. 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 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[35]. 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[36].

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,

34. 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.
35. 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.
36. REAL, J. Alberto del, «La "doctrina de la completitud" del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», *op. cit.*, p. 443.

las cuales constituirán las directrices políticas, es decir, aquellos objetivos que pretenden ser alcanzados, debido a que estos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.

Ahora bien, cuando se refiere a los principios, explica que estos 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 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[37].

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[38].

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 neoiusnaturalista 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

37. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.
38. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 48.

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[39]. En el siguiente apartado, se analizará la tesis de la indeterminación desde dos perspectivas iusfilosóficas contemporáneas.

2. LA INDETERMINACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS: H. HART Y T. ENDICOTT

En este apartado se planteará el 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[40]. En todos los casos de la experiencia, no solo 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 aquellas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana presentan a diario, y que solo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras[41].

En un principio, Hart se lanza en contra del formalismo jurídico, advirtiendo que este fenómeno se trata de la incapacidad del operador jurídico

39. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 230 y 233.
40. HART, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [traducción: Genaro R. Carrió], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 33.
41. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 158.

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»[42]. 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[43]. 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)[44].

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 nos hemos 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

42. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 161.
43. HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IIJ-UNAM, México, 2000, p. 54.
44. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo 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.

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[45].

> 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 en las consideraciones que son relevantes para emitir un juicio». Es decir, aquella no debería negar la indeterminación del derecho, sino todo lo contrario[46]. 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»[47], esta será una de las diferencias perceptibles de este 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»[48]. 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

45. 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.
46. 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.
47. ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 252.
48. ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 287.

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 valores clásicos como la generalidad y abstracción de la ley como únicas e inalterables[49]. A continuación, presentaremos este nuevo esquema que emerge a partir de la revalorización del positivismo jurídico y se realza como una expresión plural y dúctil de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

2.1. Los sistemas jurídicos dúctiles como expresión de un orden plural de valores

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[50]. Inclusive, el profesor de la Universidad de Bayreuth, considera a la cultura como un elemento más del Estado[51]. Su visión de la Constitución como parte de la cultura es otra de las originalidades de su planteamiento, dado que es en esta donde se plasman valores y principios que la sociedad en un consenso ha decidido asumir como propios[52].

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[53]. En este contexto, los derechos culturales son ejemplo de esa diversidad en los sistemas legislativos y constitucionales.

49. 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.
50. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1.ª ed. 2001, pp. 149-156.
51. HÄBERLE, Peter, *op. cit.* p. 21.
52. HÄBERLE, Peter: Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Tecnos, Madrid, 2000, p. 33.
53. 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

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[54]. 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 diversos y coexisten para dar legitimidad a cada uno de los sectores sociales[55]. 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[56]:

> 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.

LINARES, Federico, *Los pueblos indígenas de México*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008, p. 9.

54. 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.
55. *Cfr.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 13.
56. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, pp. 17 y 153.

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»[57].

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[58]. 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[59], 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[60].

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

57. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.
58. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 73.
59. 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, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 50.
60. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 93.

recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo»[61]. 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»[62].

> Solo 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.
>
> ...
>
> 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[63].

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»[64]. Los principios no determinan el ordenamiento solo 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. En este contexto, se presentará enseguida

61. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163.
62. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 133.
63. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 110, 121, 124, 150, 153.
64. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 113.

dicho plano de indeterminación a partir de la zona de penumbra y la necesidad de concreción de los sistemas jurídicos normativo-constitucionales.

2.2. Zona de penumbra y necesidad de concreción en los sistemas normativos constitucionales

Siendo entonces la ductilidad una cualidad inherente al proceso interpretativo, debido a la vaguedad del lenguaje con la que están comúnmente elaboradas las normas de derechos fundamentales, 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. Sentado lo anterior, la zona de penumbra, empleando el lenguaje hartiano, es aquella en la cual se contienen los casos difíciles en contraposición a los casos fáciles.

Esta distinción 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)[65], se refiere a aquellos en los que nítidamente puede advertirse si una regla pude 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).

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

65. Normalmente la traducción de este lenguaje jurídico es como casos fáciles.

conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo»[66]. 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»[67]. 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»[68]. 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»[69]. 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.

Por su parte, NEIL MACCORMICK ha diseñado 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[70].

- 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

66. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 264. Del mismo autor: *Las razones del derecho*, IIJ-UNAM, *op. cit.*, p. 133.
67. 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.
68. HART, *El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 153.
69. *Ibid.* p. 168.
70. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 140 y ss.

- 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[71].

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.
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[72].

71. NAVARRO, Pablo E., «Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho», en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp. 252-253.
72. LARIGUET, Guillermo, «Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos» en *Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 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*, núm. 5, Palermo, 2005, pp. 67-85. ATIENZA, Manuel, «Los límites de la

El aspecto central de esta investigación se enfoca a los casos difíciles donde se involucran principios constitucionales. Cabe señalar que, el hecho de que existan mecanismos de interpretación en el derecho para el correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial, tales como la teoría objetiva de los derechos o el empleo del principio de proporcionalidad, no implica que esas mismas herramientas erradiquen por completo la indeterminación. Conforme a esta idea, Endicott ha manifestado lo siguiente[73]:

(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 este autor (Endicott) 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.

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 se pretende defender, en torno al empleo de las teorías del contenido esencial, también

interpretación constitucional (De nuevo sobre los casos trágicos)», en *Isonomía* núm. 6, Abril, México, 1997, pp. 7-30.

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

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. Pero aún mejor, las distintas doctrinas sobre contenido esencial permiten 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[74].

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 anterior 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[75]. 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, a través de un criterio interno o estructural, o externo, mediante una ponderación de derechos en conflicto o la aplicación de una o más teorías materiales de derechos.

De esta manera, no se afirma que estas teorías eliminen por completo la vaguedad existente en determinado ordenamiento jurídico, pero sí brindan herramientas a la argumentación jurídica que permiten acercarse

74. 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.

75. 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.

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 parece arriesgada y propia de una metodología bastante ortodoxa en los sistemas jurídicos actuales. No es pertinente, en el marco de un Estado Constitucional, donde 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.

Cuando se emplea un método de concreción para la asignación de significado de un contenido esencial es indispensable para reconocer los principios constitucionales, pero sobre todo, 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 la confrontación de principios, y optimizar, en la mejor medida de lo posible el contenido de cada uno de ellos, de esta manera la interpretación será entonces holística e integradora del pluralismo valorativo que subyace en determinada sociedad. Los derechos fundamentales adolecen o gozan también de cierto grado de indeterminación, lo que los vuelve susceptibles de encontrar su realización mediante esquemas hermenéuticos. Pasaremos a continuación a examinar esta cualidad intrínseca de las normas de derechos fundamentales.

III. LA INDETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los enunciados de derechos fundamentales contienen reglas, valores y principios. En tal sentido, su función objetiva, como lo define RAFAEL DE ASÍS, consiste en brindar criterios de validez normativa caracterizados por presidir todo el proceso de elaboración de normas, pero también de su actividad interpretativa[76]. La textura abierta de los mismos trae consigo una enorme complejidad y desafíos para el juez al momento de llevar a cabo la interpretación constitucional en un caso difícil. El proceso de atribuir significado concreto a cada norma dependiendo de su contexto implica adoptar alguna posición en torno a la discrecionalidad del

76. DE ASÍS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 86.

intérprete que permita brindar coherencia y plenitud al sistema jurídico[77] ante una eventual colisión o conflicto entre derechos. El problema de la interpretación entonces depende intrínsecamente de la concepción de normas de derecho fundamental que se tenga. En nuestro caso, la existencia de valores, principios y derechos es fundamental para clarificar este proceso hermenéutico.

En primer término, el carácter de los valores jurídicos de acuerdo al concepto o cualidad normativa de la Constitución, se refiere, siguiendo a PECES-BARBA, al consenso o acuerdo de la mayoría sobre los «fines a alcanzar en el ordenamiento que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad»[78]. La dignidad de la persona humana es uno de los pilares indiscutibles del constitucionalismo moderno[79] y su desarrollo ha permitido la realización y existencia de otros derechos fundamentales que originalmente pueden no encontrarse en el texto constitucional, pero su desarrollo ulterior se ha logrado a través de procesos de descentralización del Estado de derecho decimonónico[80], ya sea a través de la interpretación, o bien, mediante reformas constitucionales.

77. PECES BARBA, G. M., FERNÁNDEZ, E., y DE ASÍS, R., «Lección novena. La interpretación y aplicación del derecho», en: *Curso de teoría del derecho*, (con la colaboración de María José Fariñas, Ángel Llamas, Javier Ansuátegui, Jesús P. Rodríguez y José María Sauca), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 242.

78. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1.ª reimp., 1986, p. 97. Tal y como se verá en el capítulo 2, la Constitución española de 1978, a diferencia del Poder Constituyente en México, sí se consagró de manera expresa como valores superiores la igualdad, libertad, justicia y pluralismo político. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 46; del mismo autor: *Constitución y Derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 23-24. No obstante lo anterior, ello no evitó que posteriormente el juez constitucional mexicano reconociera de manera expresa a la igualdad y dignidad humana como los valores superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico.

79. Se abordará el tema de la dignidad de la persona en la última parte del capítulo 2 de la presente investigación. Preliminarmente ver: ASÍS ROIG, R., «La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, *et. al.* (Dir.) *Comentarios a la Constitución Socio-económicos de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-172; 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. Del mismo autor: «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», en: MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, p. 272.

80. DEL REAL ALCALÁ, J. A., «Derechos Humanos y descentralización: regionalismo y localismo», en: *Historia de los derechos fundamentales. Ideologías políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, tomo IV, Siglo XX, V. II, Capítulo VII, (Dir. PECES-BARBA

Otro de los problemas que ha tenido la teoría constitucional al momento de concretar los valores contenidos en los derechos fundamentales es la universalidad, dado que, tal y como defiende PEREZ LUÑO, esta es una «condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación»[81]. Los valores contenidos en los derechos al tratar de ser universales representan un enorme desafío para quien resuelve casos difíciles, ya que el contenido esencial de cada uno depende directamente de la solución que se da ante una colisión concreta. Luego entonces, resulta de suma relevancia realizar una interpretación objetiva de los derechos fundamentales, es decir, aquella que «desvincula en principio, la norma o el enunciado, de su autor y la completa dentro del sistema jurídico»[82].

Resulta útil y necesaria entonces la distinción que ha elaborado la dogmática de los derechos fundamentales en torno a la distinción entre las reglas, valores y principios. Para clarificar lo anterior es menester precisar que 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[83].

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

MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R.,) Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid) 2001, p. 370.

81. PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los Derechos Humanos», en: LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL ALCALÁ, A. (Eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 66.

82. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. (Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón), Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1999, p. 576.

83. PEREZ 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.

disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional, y

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 solo pueden ser cumplidas o no». Las mismas contienen determinaciones «en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»[84]. 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»[85]. Finalmente se encuentran los principios, los cuales cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder[86]. 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»[87].

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 solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas[88]. 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[89]. El modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. De este modo la ley de ponderación dice lo que tiene que ser fundamentado racionalmente[90].

84. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 87.
85. *Ibíd.*, p. 118.
86. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, *op. cit.*, p. 19.
87. *Ibíd.*, p. 20.
88. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 86.
89. *Ibíd.*, pp. 111-112.
90. *Ibíd.*, pp. 167-169.

Recapitulando, las diferencias existentes entre los valores, reglas y principios pueden ser sintetizadas de la siguiente forma. Los valores son directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo. A su vez, estos 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 1.º: libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Por su parte, en la Constitución mexicana también existen ejemplos concretos, cuando se 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 se ha 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[91].

Las reglas configuran un supuesto en forma cerrada y no pueden someterse a gradualización alguna, es decir, se cumplen o no se cumplen. No nos detendremos de momento 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, a pesar de haber sido uno de los primeros textos en consagrar garantías y ser pionero en la aparición del Estado Social[92]. Lo anterior, debido a la compleja y densa redacción de algunas normas de derechos fundamentales así como algunas de sus leyes reglamentarias,

91. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 18.

92. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., LLAMAS CASCÓN, *et. al.*, *Textos básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzandi Editorial, Navarra, 2001, p. 179.

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, donde subyace la idea de una desconfianza de los pactos políticos, volviendo necesaria su reglamentación constitucional.

Como ejemplo de lo anterior destaca el caso de arraigo que limita la libertad personal. Su contexto se desenvuelve en el marco 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[93]. Acorde a ello, en el apartado B), del mencionado precepto, el 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.*

93. 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 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.

La presunción de inocencia es un principio constitucional. Sin embargo, aquel 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 de la teoría de los derechos fundamentales, limitando la libertad de la persona, como ya lo había consagrado años atrás incluso la propia SCJN[94].

Sin embargo, en aquella ocasión en la que 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 organizado[95], necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se

94. [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.

95. 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».

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 desnaturaliza por completo los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y libertad personal, no susceptibles de ser ponderados frente al principio de seguridad pública, 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[96]. No obstante, en el presente caso nos encontramos una regla frente a un principio de igual 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

96. Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

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. En contraposición a esta visión legicentrista de derechos, existe la teoría principialista de los derechos fundamentales que pregona el Neoconstitucionalismo, se explicará a detalle en el siguiente subepígrafe a partir de algunos de sus principales representantes.

A. Los derechos fundamentales desde la óptica principialista

No cabe duda que uno de los autores más representativos de la teoría principialista de los derechos fundamentales es Robert Alexy. La reinvención del derecho procedimental y discursivo que realiza del 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. Esta propuesta del jurista alemán reside también en un replanteamiento o reconexión entre 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»[97].

En este sentido, el filósofo del derecho, ha replanteado la fórmula de Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto, a partir de su

97. 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.

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»[98]. 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[99].

La validez moral de los principios, precisa JAN-R. SIECKMANN, depende de la concepción de Constitución que se tenga, es decir entendida como[100]:

1) La constitución como derecho prepositivo;
2) La constitución como norma vinculante para el legislador y para los demás órganos creadores del derecho; y
3) La constitución como orden dotado de primacía.

Por consiguiente, concluye el autor mencionado, concebir a la Constitución como orden de principios, vincula a todos los órganos creadores del derecho, por lo que el legislador siempre se encuentra sometido al mandato de efectuar una ponderación correcta, así como al control constitucional respectivo.

98. 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.

99. 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 Brigido), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

100. SIECKMANN, Jan-R, «Los derechos fundamentales como principios», 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. 27-50.

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. 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[101]. 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 resoluciones judiciales, acorde a la clasificación realizada por Wroblewski[102].

- 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 que implicaría que cualquier decisión tendría el carácter de objetiva[103]. Ahora bien, el concepto

101. PINTO FONTANILLO, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 389.
102. WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 27.
103. 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.

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 tomada con objetividad, en el sentido de razonabilidad»[104].

A pesar de que la teoría del filósofo alemán, se basa principalmente en una teoría discursiva y procedimental del derecho, este 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 solo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»[105].

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»[106]. Del otro lado se encuentran los principios. Estos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder[107]. De esta manera «se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad [...] nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido»[108].

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

104. Entrevista a Robert Alexy, «Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy», en *La Ley (Actualidad)*, núm. 4, Buenos Aires, 2008, p. 2.
105. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 87.
106. *Ibíd.*, p. 118.
107. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel, 2008, p. 19.
108. *Ibíd.*, p. 20.

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»[109]. Existen tres tipos de márgenes sustantivos[110].

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. Este surge cuando las normas de derechos fundamentales exigen la ejecución de conductas positivas, es decir, los deberes de protección[111].
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 competencia es equivalente al alcance de una no-competencia correlativa del Tribunal Constitucional[112]; dicho fallo 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[113]. En condiciones ideales, el funcionamiento de la teoría de los márgenes no tiene dificultades, sino que estas 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.

109. 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.
110. 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.
111. ALEXY, Robert, «Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, p. 19.
112. ALEXY, Robert, «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», *op. cit.*, p. 133.
113. *Ibid.*, p. 135.

> 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[114].

Sobre este último punto, algunos autores han identificado al margen de acción epistémico como la discrecionalidad débil y al margen de acción estructural, relativa a la ponderación, con la discrecionalidad fuerte, perteneciente a la clasificación realizada por Ronald Dworkin.

> 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[115].

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

114. ALEXY, Robert, «Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, p. 18.
115. 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.° 4, 2007, pp. 516-517.

regla, el valor, el principio y la ponderación. Las reglas son aquellas 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.

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[116]. 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[117].

SIECKMANN advierte que las estructuras de la fundamentación normativa en el modelo de principios demuestran que la ponderación tiene una íntima vinculación con la pretensión subjetiva de corrección. En tal sentido, para fundamentar la validez objetiva de las normas se requiere un consenso racional de un grupo de destinatarios potenciales de la norma sobre un procedimiento de decisión autoritativa[118]. En consecuencia, la ponderación será un elemento *sine qua non* de los Derechos Fundamentales entendidos bajo una estructura principialista.

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[119]. Bernal Pulido, lleva a cabo una clasificación entre normas directamente estatuidas (significado literal de

116. 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.

117. 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.

118. SIECKMANN, Jan-R, El modelo de los principios del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.ª ed., 2006, pp. 282-283.

119. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 53.

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)[120].

Las mismas normas deben ser dotadas de significado, lo cual implica hacerlo por distintos medios. Dicho proceso se denomina 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»[121]. Es decir, las normas adscritas ostentan una relación directa con las normas directamente estatuidas, ya que, aquellas, tienen su fundamento en estas. 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.

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, por citar algunos ejemplos). El otro se trata del *criterio estructural*, este 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[122]. De acuerdo con lo sentado previamente, se explicarán las principales doctrinas que se emplean para concretar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

IV. PRINCIPALES DOCTRINA(S) PARA DETERMINAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las distintas doctrinas que se emplean para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales a explicar en el presente epígrafe se pueden dividir en dos grandes vertientes: la teoría interna y externa.

120. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

121. *Ibid.*, p. 120. *Vid.* HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 40.

122. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 133.

En la primera ubicaremos a todas aquellas posiciones que explican el contenido del derecho fundamental desde sus límites inmanentes o internos, delimitándolo objetivamente y posicionándose (algunas de estas posturas) a favor del margen que dispone el legislador para definir dicho contenido, ya sea a través de una preconcepción del derecho subjetivo, de una teoría objetiva de valores, o el uso de una teoría material de derechos fundamentales. Por otra parte, en la teoría externa predomina una concepción discursiva de los derechos fundamentales, y el empleo del principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico para limitar los contenidos de los derechos desde el exterior. Dicho esto, explicaremos a continuación cada una de las posiciones doctrinales más aceptadas en la teoría constitucional.

1. TEORÍAS SUBJETIVA Y OBJETIVA

El propósito que tiene las teorías tanto subjetiva como objetiva es reducir el grado de indeterminación normativa, estructural o semántica de los enunciados normativos que contienen derechos fundamentales. La teoría subjetiva parte de la premisa que los derechos fundamentales deben ser entendidos como derechos subjetivos. Los exponentes de esta teoría sostienen que los derechos son entendidos como acciones de parte del Estado, en los que dicha acción debe ser considerada como un derecho subjetivo, individualizado y determinado. La cual deriva de una obligación negativa y positiva para el Estado. Por una parte, «respetar esa esfera de actividad [y la positiva] en prestar su función jurisdiccional para ese caso»[123].

De acuerdo con esto, existe una serie de interpretaciones sobre el correcto significado de derecho subjetivo, desde la clásica concepción del derecho reflejo de Kelsen[124], o el concepto de Hohfeld en sentido estricto o pretensión, o de Ihering, acerca de los derechos como intereses jurídicamente protegidos (concepción predominante en los círculos de juristas en México)[125], hasta concepción moderna de Alexy, quien defiende una visión amplia y no reduccionista de los derechos, aceptando la reconexión

123. ECHANDÍA, D., *Teoría General del Proceso (Aplicable a toda clase de procesos)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 177.

124. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 139.

125. VON IHERING, Rudolf, El Espíritu del derecho romano (En las diversas fases de su desarrollo), (versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres), (Estudio Preliminar sobre Ihering, ensayo de explicación de José Luis Monereo Pérez), Tomo Primero, Comares, Granada, 1998, p. 1040. Del mismo autor: El fin del derecho, (trad. por Diego Abad de Santillán) (Estudio Preliminar sobre el Pensamiento Jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho de José Luis Monereo Pérez), Granada, Comares, 2000, p. XXIV.

conceptual entre el derecho y la moral, desde una perspectiva moderada del positivismo jurídico[126].

La interesante propuesta del profesor GAVARA DE CARA, consiste en replantear el parámetro de control de constitucionalidad, criticando la frecuente utilización del concepto de derecho subjetivo como punto de partida, ya que en la mayor parte de las ocasiones este concepto no da cuenta de la totalidad de los elementos presentes en la relación jurídica que subyace a un derecho subjetivo (destinatario y objeto), propuestas que se encuentran en juristas alemanes como ZIEVER, STEIN o KRÜGER[127].

Por su parte, la teoría objetiva considera que el enunciado normativo que contiene un derecho fundamental es el elemento normativo de control de constitucionalidad. Entre algunos de sus principales exponentes se encuentran FRIEDRICH KLEIN, HARMUT JACKEL, EICKE VON HIPPEL, PETER LERCHE, KONRAD HESSE, entre otros. Como síntesis de las dos propuestas, GAVARA plantea una reconstrucción conceptual de ambas posiciones, a través del análisis estructural de los enunciados que contienen normas constitucionales.

En primer lugar, siguiendo las ideas de ALEXY, plantea la estructura de los derechos fundamentales desde una relación tríadica: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto (conducta de acción u omisión)[128]. El sujeto activo se constituye como la atribución de una persona para exigir del Estado (Sujeto Pasivo) el cumplimiento de los mandatos del derecho fundamental. Finalmente, el objeto, se constituye como la conducta de acción u omisión de parte del Estado para satisfacer el contenido material de la norma en cuestión.

Las indeterminaciones más complejas en las normas que contienen derechos fundamentales son las estructurales y las relacionadas con el supuesto de hecho. Como consecuencia de ello, las propuestas más acabadas en torno a la estructura de los derechos se encuentran los modelos interpretativos que conciben a las normas de derechos fundamentales como principios, así como el modelo de orden objetivo de valores, proveniente de la doctrina jurisprudencial alemana de la Posguerra, así como de las ideas del constitucionalista RUDOLF SMEND. Finalmente, otra

126. 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.

127. 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. 118 y ss.

128. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, CEPC, 2008, Madrid, p. 86.

propuesta sugerente es la de P. HÄBERLE, quien a partir de su concepción de derechos como instituciones (siguiendo la tesis de M. HAURIOU) ha establecido la necesidad de determinación, configuración y actualización de estos.

2. CRITERIO MATERIAL: TESIS DE BÖCKENFÖRDE

Uno de los principales seguidores de la teoría interna de los derechos fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfang Böckenförde, esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material[129]. 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[130]. 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.
>
> [...]
>
> 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[131].

129. 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.

130. 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.

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 concretar 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[132]. 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.

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»[133]. 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

131. *Ibid.*, pp. 34-37.

132. BVerfGE 69, 1 (57-87).

133. 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.

conflicto, en la imposición de límites o restricciones a los derechos[134]. 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.

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[135]:

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 esta óptica, reflejan circunstancias vitales y,

134. 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.

135. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 49.

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[136]:

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.

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 política[137]. 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»[138].

136. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 53.

137. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 60.

138. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 63.

3. LAS TESIS DEL ORDEN OBJETIVO DE VALORES: RUDOLF SMEND

La teoría axiológica o del orden de valores proviene de la teoría constitucional alemana de la primera mitad 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 entendía al a la Teoría del Estado como parte de las ciencias del espíritu al igual que lo hacía Hegel[139].

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[140]:

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.

139. 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.

140. 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 solo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo»[141]. 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[142].

Se han identificado cinco principales teorías que auxilian la labor del operador jurídico al momento de concretar 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. Todas estas teorías pueden servir como complemento al juez, con el fin de dotar de un correcto significado a un derecho fundamental, acorde a una situación concreta, aun cuando sean presentadas como una teoría alterna a dicha herramienta argumentativa.

4. EL CRITERIO ESTRUCTURAL: LAS TEORÍAS INTERNA Y 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

141. SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 212.

142. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, *op. cit.*, p. 298.

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[143].

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[144]. En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas, debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas[145]. 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 este 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 constituya el «ámbito de la norma» han de acreditarse los hechos (el «ámbito material») como relevantes para el «programa» y «compatibles con él»[146].

143. BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 66 y ss.
144. MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 283 y ss.
145. 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.

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 aquellas. 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 pude predeterminar 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).

5. LAS TEORÍAS ABSOLUTA, RELATIVA Y MIXTA

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.

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 19.2[147], seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1[148]. Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha

146. MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 89-91.
147. Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.
148. 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

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 y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas[149].

Existen tres teorías que explican esta institución: la absoluta, la relativa y la mixta. Según las teorías absolutas de distintos autores, 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»[150]. 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.

En esencia, las teorías absolutas defienden una concepción material de contenido esencial, distinguiendo así en cada derecho dos partes, un núcleo y una parte accesoria, no esencial[151]. Por consiguiente el legislador solo tendrá permitido, a partir del principio de reserva de ley, configurar los límites al derecho fundamental solo en su parte accesoria, pero no en cambio en su núcleo esencial. 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 recognoscible como pertinente al tipo descrito»[152].

El profesor OTTO Y PARDO, ha formulado una crítica en contra de la concepción de contenido esencial absoluto, advirtiendo que la misma podría conducir al intérprete a una relativización del contenido de los

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).

149. DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

150. BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 97.

151. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

152. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

derechos fundamentales, ya que: «si decidimos que un límite está, económicamente justificado por la protección de un bien constitucional, *negar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial es tanto como admitir el carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego y desconocer la que presta protección al bien sacrificando este al derecho*»[153]. Esta posición es similar a la defendida por KONRAD HESSE cuando señala que la teoría absoluta podría sacrificar los derechos fundamentales a la libre disposición del legislador, es decir, al existir un «núcleo duro», se obliga al legislador dejar inmutable dicho núcleo que no resultaría fácil de determinar, dejando únicamente la parte accidental a través del principio de reserva de ley[154].

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 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[155].

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

153. DE OTTO Y PARDO, I. «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Obras Completas*, CEPC-Universidad de Oviedo, Madrid, 2010, p. 1494.

154. HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, párr. 46, p. 54; En el mismo sentido: PÉREZ LUÑO, A. E., «La interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1, 1984, p. 93.

155. HÄBERLE, Peter, La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.

descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose[156]. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas[157].

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 recognoscible 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[158].

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[159].

La teoría relativa también ha sido objeto de críticas, entre cuyas sentencias emblemáticas en la jurisprudencia española se encuentra la STC-161/1987, relativa a la cláusula de objeción de conciencia en las fuerzas armadas, donde se permitió la suspensión de este derecho durante el periodo de actividad en el servicio militar, justificando la medida a partir de un bien constitucional: el buen funcionamiento de las fuerzas armadas. El Tribunal Constitucional Español determino a partir del empleo del principio de proporcionalidad que la medida resultaba adecuada, pero sin tomar en cuenta el contenido del derecho afectado (objeción de conciencia)[160].

Finalmente, una concepción mixta de las anteriores, se traduce en el pensamiento de Prieto Sanchís. Esta cláusula obliga a los jueces a adecuarse a

156. Sentencia núm. T-426/92, Corte Constitucional Colombiana, párr. 23 y ss.

157. SCCC núm. SU-250/98, párr. 1.2.

158. SCCC núm. T-426/92, párr. 23 y ss.

159. SCCC núm. T-426/92, párr. 25. Consultar también del mismo Tribunal: T-047/95, Sentencia núm. T-426/92, T-044/95.

160. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, *op. cit*, p. 28.

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[161]. Dicho lo anterior, está 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[162]. 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.

A. La teoría institucional de los Derechos Fundamentales

La teoría de los derechos fundamentales como instituciones encuentra su más fiel representante contemporáneo en las ideas de P. HÄBERLE[163]. Este autor realiza un análisis de los derechos fundamentales como un sistema unitario y objetivo. Tal y como ya se ha explicado, el triple punto de partida del jurista alemán consiste en entender a la función social que desempeñan los derechos fundamentales para satisfacer intereses individuales como sociales. Esta función social se refleja claramente en su necesidad de configuración y desarrollo para su posterior ejercicio[164].

Influenciado por las ideas del sociólogo francés M. HAURIOU, HÄBERLE concibe a los derechos fundamentales como instituciones, entendiendo por institución conforme con las ideas del sociólogo francés, como aquella idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente

161. PRIETO SANCHÍS, Luis, «La limitación de los derechos fundamentales», en *Neoconstitucionalismo, derechos fundamentales y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 60.

162. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

163. Cabe destacar que el planteamiento clásico de C. Schmitt resulta de suma trascendencia para explicar el modelo de derechos fundamentales como garantía institucional. En principio, se debe hacer la aclaración que, con independencia de la ideología nacionalsocialista de este jurista alemán, su análisis clásico es relevante para todos los autores posteriores, ya que él es el creador de esta teoría, y a partir de su estudio en su famosa obra: «Teoría de la Constitución» la concepción de derechos no como libertades, se les concebirá como mecanismos técnicos para la protección de un objeto material reconocido, circunscrito, establecido y fundado. Al respecto: SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 175 y ss.; en el mismo sentido: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 86.

164. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de reserva de ley*, CEC, Madrid, p. 11.

en un medio social[165]. A partir de esta articulación de los derechos, los bienes jurídicos constitucionales tienen relaciones de condicionabilidad mutua, donde se hallan relacionados entre sí. En este planteamiento el jurista germano defiende la necesidad de conciliar esos intereses públicos e individuales desde la ponderación de bienes y a través del empleo de las reservas de ley o límites inmanentes[166]. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede realizar de forma aislada, sino tomando en cuenta otros bienes jurídicos constitucionales.

En la construcción de esta última premisa (conciliación de intereses individuales y públicos), HÄBERLE plantea la bidimensionalidad de los derechos fundamentales a partir de su carácter tanto individual, es decir, aquel que garantiza a los titulares de los derechos fundamentales como individuos, grupos, asociaciones; mientras que el aspecto institucional se encuentra consagrado por la garantía constitucional de la configuración de esos ámbitos sociales, tal es el caso de la institución del matrimonio, la familia, propiedad, coalición, entre otros[167].

Algunas críticas a las que ha sido sometida la teoría institucional de P. HÄBERLE, se centran básicamente en determinar que los derechos fundamentales son directamente aplicables, debiendo ser protegidos por el Estado. Esto se relaciona directamente con la configuración y desarrollo posterior de los derechos por parte del legislador a través del principio de reserva de Ley. Algunos autores sostienen que dicho desarrollo no es posible en todos los casos, por ejemplo, tratándose del principio de igualdad y no discriminación[168]. En el caso mexicano, la Suprema Corte en épocas recientes ha desarrollado la jurisprudencia de igualdad en torno a cláusulas sospechosas, situación que sería desde el punto de vista de la técnica legislativa, imposible prever todos los supuestos de hecho posibles.

Otra crítica puntual es aquella relacionada con el margen de discrecionalidad que le queda reservado al Tribunal Constitucional al momento de ejercer el control de regularidad. En definitiva, la amplia vinculación a través del principio de reserva de ley al cual se le habilita al legislador para desarrollar los derechos, deja poco margen para la ponderación al juez, en consecuencia, una interpretación un tanto excesiva de esta

165. HAURIOU, M., *La Teoría de la Institución y la Fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 32.

166. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...*, pp. 99-101.

167. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn... op. cit.*, p. 103.

168. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo..., op. cit.*, pp. 108-110.

facultad reglamentaria de los derechos fundamentales dejaría sin efectos la tesis de la discrecionalidad judicial.

B. El principio de reserva de ley en la teoría del contenido esencial

El principio de reserva de ley implica que un precepto constitucional exige que sea la ley, formal y materialmente válida, aquella que regule determinada materia. De acuerdo con DE OTTO Y PARDO, la materia reservada se refiere a todas aquellas normas distintas a la ley, por lo que implica que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y no puede remitirlas al Reglamento por ejemplo. Lo que se pretende con ello es que la regulación quede sometida al debate legislativo, lo cual dota de legitimidad y garantiza el pluralismo democrático[169].

GARCÍA DE ENTERRÍA lo identifica como uno de los pilares indiscutibles del moderno Estado de Derecho, además de obedecer al principio de división de poderes como garantía del ejercicio democrático y no arbitrario del poder público[170]. De acuerdo a esto, la administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley[171]. El Tribunal Constitucional Español (STC 83/1984), se ha referido a este principio de la siguiente manera:

> «Una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», cuyo significado último es «asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción de ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos»

Tradicionalmente se han distinguido dos modelos principales en torno al principio de reserva de ley: el alemán y el francés. El primer modelo implica que el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia. Sobre este modelo, CHRISTIAN STARCK explica que el principio de reserva de ley deriva del principio de legalidad, el cual

169. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 132 y ss.; *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000, p. 178; RUBIO LLORENTE, Francisco, «El principio de legalidad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 346; GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 110 y ss.

170. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso Derecho Administrativo I*, Tomas, Civitas Ediciones, (15.ª ed.), Madrid, 2011, p. 245.

171. MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo Alemán*, IIJ-UNAM, México, 2012, p. 114.

precisa el fundamental legal de la actividad administrativa. La formulación del principio de reserva de ley se dirige expresamente en contra de la opinión mayoritaria relativa a que la ley es únicamente un límite negativo y un marco para la administración pública[172].

Por su parte, en el modelo francés el legislador solo se encuentra facultado para intervenir en determinadas materias establecidas expresamente por la Constitución. La reserva se convierte en un instrumento para restringir materialmente la supremacía de la Ley mediante la distribución de competencias[173]. En tal sentido, el principio de reserva de ley exige que, cualquier acto del poder público que tenga por objeto restringir los derechos y libertades de los ciudadanos y que afecte su esfera jurídica, debe ser desarrollado por el Poder Legislativo, a través de leyes que cumplan a cabalidad con el proceso legislativo correspondiente (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia), y no a través del ejercicio discrecional del Poder Ejecutivo a través de la emisión de Reglamentos.

En México, en la jurisprudencia se ha reconocido dicho principio con estrecha vinculación el de legalidad. Asimismo, ha clasificado aquel en dos: la absoluta y la relativa. La primera, sucede cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal (Poder Legislativo local o federal). En tal sentido, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. Por otra parte, se encuentra la reserva relativa, que permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse, lo cual sucede mucho con las normas de carácter administrativo. Es decir, que la ley se limita a establecer los principios o directrices de una disciplina (ambiental, seguridad social, etc.), mientras que, a través de una fuente secundaria se desarrolla la misma[174]. Esto es muy común en el ejercicio de los derechos de carácter tributario o fiscal, ya que es indispensable la regulación detallada de aspectos técnicos contables, indispensables para la plena concreción de las normas fiscales.

En la tipología de las reservas de ley en la Ley Fundamental de Bonn se distinguen varios tipos de reserva: ley ordinaria, ley general, ley

172. STARCK, C., *El concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 383.

173. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op. cit.*, p. 138.

174. LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Registro: 197375; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VI, Noviembre de 1997; p. 78.

cualificada, regulación y configuración, y los derechos garantizados sin reserva. La primera reserva (ley ordinaria) exige al legislador cuando interviene en una norma de derecho fundamental la existencia de un interés público y constituye la competencia más amplia para que el mismo limite o configure los derechos fundamentales. Por otra parte, la reserva de ley general se equipara a la reserva de ley común, principalmente en materias como la libertad de expresión. La finalidad de la ley general tendrá como propósito perseguir un interés general, por lo que cualquier posible colisión con el derecho al honor por ejemplo, podrá ser resuelto a través de una ponderación concreta, debido a que la confección de las normas de estas leyes generales observan una neutralidad valorativa[175].

La reserva de ley cualificada es aquella que establece en los propios enunciados de derechos fundamentales de manera individualizada y numerada. En el caso de la Constitución mexicana, este tipo de reserva es muy común tratándose de la restricción y configuración de algunos derechos fundamentales ya que el legislador suele limitar tratándose de la persecución del interés público de seguridad por encima de la integridad o libertad personal (arraigo, extinción de dominio, crimen organizado)[176].

La reserva de ley de configuración y regulación hace referencia a la autorización al legislador para dotar de contenido al derecho fundamental. El desarrollo normativo implica el establecimiento de reglas para la realización de los derechos, tal es el caso por ejemplo de las profesiones. Por último se encuentran los derechos que se garantizan sin que exista una reserva de ley. En el siguiente epígrafe se analizará la concepción de los derechos fundamentales como principios, a partir de su indeterminación estructural y semántica. En tal sentido, el hecho que los derechos no se encuentren garantizados por la reserva de ley no implica que no puedan ser limitados en razón de una ley, sino que el legislador en determinadas materias renuncia a añadir una reserva, con el propósito de fortalecer los determinados derechos[177].

C. La teoría de los límites inmanentes de los Derechos Fundamentales

Los límites inmanentes a los derechos fundamentales han sido explicitados con gran atino por P. HÄBERLE, quien concibe a dichos límites como parte de su esencia (límites conforme a su esencia). Este planteamiento consiste básicamente en que la concreción a los derechos fundamentales no se realiza desde el exterior de los mismos, sino que los

175. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 143 y ss.

176. *Ibíd.*, pp. 148-149.

177. Ídem.

límites inmanentes se encuentran incluidos en la esencia del propio derecho, y las limitaciones pueden encontrarse a través de la ponderación de bienes[178].

Las repercusiones de la teoría de los límites inmanentes de HÄBERLE residen en la posibilidad de que el legislador presuponga el contenido esencial de los derechos fundamentales, a través del principio de reserva de ley. Lo cual trae problemas graves al momento de sostener o defender un modelo interpretativo o principialista de los derechos fundamentales. Es decir, si el control constitucional es ejercido por los Tribunales se dejaría un margen de discrecionalidad muy reducido debido al mismo concepto de inmanencia, donde el contenido esencial del derecho tiene así mismo sus propios límites, sin admitir una posible colisión con otros bienes jurídicos de igual o mayor envergadura, es decir, negaría el propio ejercicio de ponderación que el mismo autor alemán pregona en su teoría.

Este último modelo resulta bastante seductor para las Constituciones latinoamericanas, principalmente el modelo mexicano, donde el legislador actúa como defensor de ese contenido esencial a través del principio de reserva constitucional, sin ningún límite a la mutabilidad constitucional, desarrollando o reglamentando derechos humanos desde la propia Ley Fundamental. El desarrollo de un derecho a través de reglas es común en la Constitución mexicana y leyes reglamentarias (orgánicas), donde en gran parte de las ocasiones se desnaturaliza la esencia del contenido esencial del propio derecho, a través del vaciamiento del mismo sobrerregulando el derecho o desnaturalizándolo a través del desarrollo excesivo de requisitos para su ejercicio.

6. TEORÍA EXTERNA: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

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,

178. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 54.

los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas[179].

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[180].

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 concretización 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

179. BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-IIJ, México, 2006 (2.ª 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 sí 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.

180. 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 del derecho)*, vol. 3, Trotta, Madrid, 2011. MAZZARESE, Tecla (Ed.), *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.

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 Fundamentales[181]. En América Latina, ha sido a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su implementación como una especie de un derecho común latinoamericano[182].

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

181. 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).

182. 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.

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.

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[183].

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 solo 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 solo 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

183. 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.

actualizar los contenidos constitucionales conforme a la realidad y contextos sociales determinados.

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 dubios, 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.

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.

En el presente epígrafe se explicarán 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.

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[184]. No obstante su aplicación por el Tribunal Español, este 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[185]. 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 este, 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[186]. 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

184. 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.

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

186. 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.

las normas jurídicas»[187]. El sucesor de la Escuela de Frankfurt ha rebatido la idea de 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[188].

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[189]. 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[190]. 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[191]. Y en ocasiones, dos operadores pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto[192].

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,

187. HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, p. 206.

188. 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.

189. HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 331.

190. *Ibíd.*, p. 332.

191. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 86.

192. BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 56.

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 solo 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[193]. A continuación, detallaré cada uno de los aspectos técnicos para la correcta aplicación de la ponderación.

6.1. 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 encuentre la prohibición de manera expresa en el texto fundamental, o se desprenda de algún criterio interpretativo del mismo[194]. 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)»[195].

193. 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*, n.º 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.

194. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 704.

195. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 39.

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 cornead 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 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[196]. 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 aquella.

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"?»[197].

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),

196. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 59 y ss.
197. *Ibid.*, p. 61 y ss.

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 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.

6.2. 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[198].

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, aun cuando la difusión 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

198. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 114 y ss.

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, aun 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[199].

199. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 120 y ss.

6.3. 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»[200]. 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 esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa, la configura Bernal Pulido en tres pasos:

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[201].

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

200. ALEXY, Robert, «La fórmula del peso», en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEPC, 2.ª ed., 1.ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, pp. 349-372.

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

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 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, aun 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[202]. A partir de este análisis concienzudo que se lleve a cabo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinase 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 pudiere sufrir la condena a la empresa de televisión al pagar la multa a los familiares.

V. CONCLUSIÓN

La indeterminación de las normas de derechos fundamentales es el punto de partida en la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales. Existen dos posturas antagónicas que explican el fenómeno de la indeterminación: la teoría de la completitud frente a la teoría de la indeterminación de los sistemas jurídicos. Para representar esta última postura (completitud) han sido analizadas las posturas de H. Kelsen y R. Dworkin, quienes a través de una defensa de la coherencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos, pugnan por el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial y una teoría interpretativa que niega la posibilidad que el derecho sea indeterminado. Por ende, el operador se encuentra

202. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 791.

obligado a encontrar las respuestas dentro de ese orden «marco» (Kelsen), o bien, a través de la vía de los derechos como principios.

La posición de H. Kelsen predominó durante gran parte del siglo XX y que sigue influyendo en muchos de los sistemas jurídicos modernos es la comprensión de la tesis marco, donde la Ley Fundamental es el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, negando cualquier posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico. Esta idea de completitud, coherencia y plenitud del ordenamiento se ve reflejada igualmente en la teoría de R. Dworkin, a través de la formulación de su teoría del juez hércules. Esta figura creada por el iusfilósofo anglosajón a través de la solución de los casos difíciles es capaz de encontrar todas las respuestas, a través de la vía interpretativa.

Luego entonces, se trata de un antipositivismo jurídico fundamentado en una idea de completitud del derecho en clave antipositivista, ya que el operador jurídico dispone de un margen discrecional para resolver casos a través de la vía interpretativa de principios y reglas, pero sobre todo, de una fusión entre la teoría de la ética y la teoría constitucional. Situación antagónica es presentada a través de la teoría de Hart y Endicott, quienes defienden la idea de indeterminación de las normas jurídicas.

Hart denuncia el formalismo jurídico de la época y advierte la existencia en el derecho de una zona de penumbra donde se pueden ubicar los casos difíciles. Para zanjar esta cuestión, el autor del Concepto del derecho elabora la teoría de la textura abierta de las normas ante la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. Una postura más atrevida es la sostenida por T. Endicott, quien identifica como rasgo inescindible y necesario del derecho a la vaguedad. En este contexto, la expresión del sistema de normas de derechos fundamentales se puede identificar con esta indeterminación como consecuencia del orden plural de valores al que ha hecho referencia G. Zagrebelsky.

Esta ductilidad de las normas entendidas como valores y principios abre una posibilidad más al intérprete para conciliar derechos en conflicto, mediante el ejercicio de la discrecionalidad del operador jurídico y una concepción de indeterminación normativa. Esta zona de desafío para los jueces al momento de resolver casos difíciles trae consigo un conjunto de elementos donde no hay soluciones inmediatas o literales. Determinar o asignar el contenido esencial a cada principio o derecho en conflicto requiere de la adopción de una o varias teorías a partir de la concepción de que los derechos fundamentales, ya que estos también poseen indeterminación, y su concreción depende de la teoría del contenido esencial que se adopte.

A partir de esta concepción de textura abierta del derecho es donde encuentra su justificación el plano de la indeterminación de las normas de derechos fundamentales. Los valores, principios y derechos que yacen en la Constitución son fundamentales para comprender en qué momento y bajo qué circunstancias son posibles la aplicación de una u otra fórmula que module, oriente y prescriba el peso concreto de cada uno de los derechos al momento de resolver problemas de colisión o enfrentamiento entre ellos.

La dignidad, igualdad, libertad, justicia y pluralismo político han sido valores reconocidos expresa o implícitamente en la jurisprudencia española y mexicana. Estos constituyen pilares indiscutibles del constitucionalismo moderno y forman parte del plano de indeterminación normativa que el juez está facultado para ejercer su discrecionalidad. La teoría principialista de los derechos fundamentales auxilia al operador jurídico a concretar ese orden objetivo de valores que subyace en las Constituciones modernas.

Los derechos concebidos como principios permiten ejercicios hermenéuticos de corrección y ajuste para resolver a través de esquemas procedimentales y discursivos los conflictos entre dichos valores. Si bien la teoría más aceptada en la comunidad de juristas es la ponderación, se examinaron otras vías de asignación de significado a los derechos mediante la existencia de límites internos e inmanentes, así como las distintas teorías materiales de los derechos fundamentales que ayudan a concretar su significado sin necesidad previa de alguna ponderación.

Las doctrinas para determinar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales son muy importantes porque explican cuál debe ser el contenido de un derecho a partir de una preconcepción mínima de los mismos, o bien, a través de ejercicios hermenéuticos de limitación o restricción fundamentados en la existencia de posibles colisiones y la necesidad de armonizar los principios en tensión. Las dos primeras teorías (subjetiva y objetiva) del contenido esencial se centran en la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, pero también, a través de la comprensión de los derechos como objeto de control de regularidad constitucional.

El criterio material para la asignación de contenido esencial es otra de las ópticas que mayor reconocimiento ha tenido, debido a que parte de la superación de las clásicas fórmulas de interpretación decimonónicas de la ley planteadas por Savigny (histórica, literal, tradicional, teleológica), pero su conflicto con la teoría externa es que el ejercicio argumentativo de la ponderación no es necesario, ya que, *prima facie*, los derechos gozan de un contenido previo e irreductible.

Böckenförde como máximo exponente del criterio material sistematizó cada una de estas teorías en cinco: liberal, institucional, democrático funcional, del Estado Social, y del orden objetivo de valores. La característica de la teoría liberal es la concepción de los derechos individuales frente al Estado, mientras que la teoría institucional busca la realización de ciertos fines y objetivos. Por otra parte, la teoría democrático-funcional se basa en la concepción funcional y social de la libertad como parte de un proceso de voluntad política. La teoría del Estado Social pregona o defiende al individuo frente a las desigualdades que provoca la economía en el Estado liberal.

La última concepción que ha sido abordada se centra en la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, a partir de la teoría de la integración personal, funcional y material elaborada por Rudolf Smend. En tal sentido, los derechos fundamentales cumplen una función de integración en la sociedad, al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático.

Desde la perspectiva estructural de las doctrinas sobre contenido esencial, existe una visión interna y otra externa de cómo deben configurarse los límites y restricciones a los derechos fundamentales. El problema de los defensores de la teoría interna como Müller, es quienes sostienen que el legislador debe ser quien en mayor medida quien disponga de ese contenido esencial, con independencia del ejercicio ulterior que lleve a cabo el juez cuando ejerce su facultad discrecional de asignar un significado concreto a las normas de derechos fundamentales.

Dentro de la teoría interna se encuentran posturas radicales, como aquella que defiende de manera absoluta el contenido esencial de los derechos como un ámbito irreductible e indisponible para el juez al momento de resolver casos difíciles. Luego, dicha teoría no admite ponderaciones, porque la preconcepción del contenido esencial del derecho se encuentra definida de antemano por el legislador. Esto último se acerca peligrosamente a la imposibilidad del juez para llevar a cabo su labor interpretativa, pero sobre todo, de dejar a libre disposición del legislador este núcleo duro de los derechos, a través del principio de reserva de ley.

Por otra parte, la teoría relativa admite un margen estructural para la ponderación y su principal exponente es el jurista alemán Peter Häberle, quien ha planteado la concepción de los derechos fundamentales como instituciones. En este contexto, las normas de derechos forman parte de un orden objetivo de valores, por lo que la garantía y ejercicio de los derechos se caracteriza mediante la unión o conexión entre los intereses individuales y públicos. En este sentido, el núcleo o contenido esencial de

los derechos es resguardado indirectamente a través de la ponderación del fin legítimo a alcanzar, frente a la limitación del derecho fundamental a través de la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

Por su parte, la teoría mixta es una postura ecléctica entre las dos anteriores. Uno de sus defensores es el iusfilósofo PRIETO SANCHÍS, quien sostiene que los jueces al adecuarse a los contenidos y principios de la Constitución, pero que el legislador únicamente se encuentra autorizado para establecer límites o restricciones en la parte accesoria del derecho fundamental. Sin duda, la postura de HÄBERLE es una de las más reconocidas en el ámbito jurídico, debido a la concepción bidimensional de los derechos en su carácter individual y social.

Establecido lo anterior, uno de los primeros requisitos que ha diseñado la doctrina del contenido esencial para limitar o configurar restricciones a los derechos fundamentales ha sido el principio de reserva de ley. Es en este margen accesorio del derecho del cual dispone el legislador para establecer las condiciones para el ejercicio, o bien, establecer de manera expresa limitaciones. Existen distintos tipos de intensidad con los que el principio de reserva de ley actúa para imponer o configurar los derechos. Esto se realiza con el propósito de imponer o reforzar determinados principios que el Constituyente decida que son de mayor valía. En este sentido, existe la reserva de ley cualificada, ordinaria, de regulación y configuración, así como los derechos garantizados sin reserva.

La primera reserva requiere la consagración expresa del texto constitucional para establecer una limitación, mientras que la reserva de ley de configuración y regulación se refiere a que, para dotar de contenido esencial a un derecho fundamental se requiere autorización del legislador. Cabe señalar que la excesiva reglamentación en sede constitucional del ejercicio de los derechos fundamentales podría traer consigo la creación de límites inmanentes que posteriormente no podrían ser sujetos a ulteriores ponderaciones ante posibles colisiones.

Finalmente, la teoría externa del contenido esencial es una de las más empleadas hoy en día para el establecimiento de restricciones y límites a los derechos fundamentales. Esta consiste básicamente en la comprensión de los límites externos a los derechos, sin tener ningún marco referencial interno que predefina o preconciba el contenido esencial de los derechos. Es decir, cualquier concreción dependerá directamente de las colisiones que surjan directamente con la existencia de derechos, bienes o principios constitucionales en colisión.

El empleo del principio de proporcionalidad como test para definir la adecuación, idoneidad y fin legítimo que persiga cualquier norma del legislador que limite un derecho fundamental es la primera fase que debe superar cualquier ejercicio interpretativo que admita este canon. Existe la posibilidad que por una protección deficiente de parte del legislador se pueda declarar también inconstitucional una norma.

Posteriormente, la aplicación del subprincipio de necesidad consiste en superar desde el punto de vista normativo y fáctico, aquellas medidas que resultan igualmente idóneas para alcanzar el fin propuesto, y sobre el cual versa la restricción o limitación al derecho fundamental. Por último, la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en valorar las distintas magnitudes de cada uno de los contenidos esenciales que se encuentren en conflicto. La superación de esta fase, deberá concluir en la asignación de significado para cada principio, armonizando y volviendo compatibles ambos, pero sin quedar anulado alguno de los dos, ya que de lo contrario, se podría caer en el riesgo de desnaturalizar algunos de los contenidos.

Capítulo 2

La garantía de los derechos humanos en la constitución mexicana

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MODELOS DE DERECHOS EN MÉXICO

El presente capítulo tiene como propósito formular un estudio integral sobre las garantías constitucionales de los Derechos Humanos en México, analizando su evolución a partir de los principales documentos constitucionales que influyeron a la concepción decimonónica de garantías individuales durante todo el siglo XX, así como su transición entre el modelo de garantías y derechos de la reforma constitucional de junio de 2011 y los nuevos paradigmas interpretativos surgidos posterior al caso Radilla, resuelto por el Pleno del máximo Tribunal mexicano.

Las garantías constitucionales que han servido como instrumento para proteger los derechos fundamentales en México han sido asistemáticas e inconstantes. Durante el último cuarto del siglo XIX, el juicio de amparo nació como un instrumento protector de los derechos humanos, en contraposición al modelo europeo legicentrista, que apenas pasada la mitad del siglo XX desarrollaría mecanismos de control constitucional concentrado a través de Tribunales con jurisdicción especializada. El sistema jurídico mexicano, inspirado en las ideas del constitucionalismo americano, consiguió asimilar y configurar un modelo propio de garantías, el cual tuvo una intermitencia como consecuencia del debilitamiento del Poder Judicial y la prevalencia del poder político.

En la primera parte de este capítulo será analizado la configuración de instituciones que a partir de la interpretación de la soberanía nacional, derivó en un modelo interpretativo legicentrista, propio del modelo estatalista francés de recelo a la institución judicial, que propició en el sistema jurídico mexicano un déficit en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales hasta finales de los años ochenta. El paradigma

de las garantías constitucionales se configuró con la Constitución de 1857, así como el Acta de Reformas de 1847.

Esta evolución o tránsito de un paradigma hacia otro con la Constitución de 1917, generó una ausencia notable de control constitucional de las leyes. La garantía de los derechos fundamentales, a pesar de estar expresamente en la nomenclatura de los derechos (garantías individuales), se encontraba ausente, debido a una concepción reduccionista de derecho subjetivo e interés jurídico que prevaleció hasta finales del siglo XX. Tal es el caso por ejemplo de los derechos políticos, que fueron reconocidos como derechos humanos hasta principios del siglo XXI, dotándolos de garantías para hacerlos efectivos, o los derechos colectivos cuyas garantías fueron introducidas apenas en 2011.

Esta última fase evolutiva de la construcción de un modelo propio de derechos humanos y garantías institucionales, adquirió un notable prestigio a partir del emblemático caso Radilla, que generó un impacto significativo en la concepción de derechos hasta en ese entonces inexistente en el control constitucional de las leyes. La cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos frente a la indeterminación de las normas de la Constitución mexicana, generó la automática incorporación de los instrumentos internacionales al sistema jurídico interno. Esto será objeto de estudio en el segundo apartado, a través del análisis del agotamiento del modelo de garantías individuales y el modelo interpretativo legicentrista, hasta finales de los años ochenta.

En la tercera sección se analizará la construcción de un modelo de derechos humanos en México. El tránsito hacia una nueva época en la Suprema Corte mexicana que podemos identificar con la apertura y concreción del contenido esencial de los derechos fundamentales ha adquirido una relevancia inusitada en todo el sistema jurídico mexicano. No cabe duda que el efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico se encuentra presente hoy en día en todas las materias y tópicos que se abordan en el máximo Tribunal. Los derechos humanos entendidos como *el parámetro de regularidad constitucional*, han cambiado por completo la visión que antes se tenía sobre el sistema jurídico y constitucional.

Esto último guarda íntima relación con la interpretación de principios y valores constitucionales que han potencializado el contenido esencial de los derechos en la última época. Tal y como se verá en la última parte de este capítulo, se observa la construcción de un modelo de contenido esencial de derechos a partir de la teoría del orden objetivo de valores, si bien no reconocido de manera expresa por el Tribunal mexicano, su desarrollo a partir de la jurisprudencia, va configurando los valores superiores

del ordenamiento jurídico (dignidad humana y libre desarrollo de la persona), a partir de la interpretación del principio de igualdad y no discriminación, y su empleo en la resolución de casos difíciles.

Esta reconstrucción de un núcleo duro identificable en principios y valores como la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona constituyen dos pilares fundamentales del Estado Constitucional mexicano y de la jurisdicción constitucional de este país. La propuesta en el presente capítulo consiste en estudiar la evolución de este modelo de garantías meramente formales hacia un paradigma de Constitución material, a través de la interpretación constitucional del contenido esencial de los derechos.

Es lógico que al no existir la garantía institucional de contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución de 1917 ni en las constantes modificaciones al texto fundamental, es imprescindible acudir a la jurisprudencia constitucional, y verificar si la construcción de un modelo de contenido esencial ha sido incorporado directa o indirectamente a partir de una concepción estructural de los derechos. Si bien estos objetivos serán perseguidos en los dos últimos capítulos, la pretensión aquí, es dejar en claro que el viraje de modelo normativo e interpretativo ha estimulado enormemente al Poder Legislativo, a tal grado de aumentar el reforzamiento del principio de reserva cualificada a través del cual se reglamentan los derechos fundamentales a nivel constitucional y mediante la sobreproducción de leyes reglamentarias (orgánicas) que van concretando el contenido esencial de los derechos, pero dejando paulatinamente al juez constitucional sin la posibilidad de ejercer la discrecionalidad judicial o ponderaciones entre bienes constitucionales.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO DEL SIGLO XIX

El concepto de garantías ha sido erróneamente asimilado con el de derechos durante la mayor parte del siglo XX en el sistema jurídico mexicano. Esta situación resulta equívoca e imprecisa, ya que se trata no solo de un problema conceptual, sino de una visión errónea desde el plano ideológico, pues la construcción del modelo de garantías individuales, hegemónico durante todo el siglo pasado, se cimentó a partir de una visión reduccionista y decimonónica de los derechos subjetivos públicos, soslayando cualquier intento de ampliación a favor de las minorías o cualquier otro distinto al plasmado originalmente por el legislador.

Este modelo de Garantías Individuales durante el siglo XX, se basó en una concepción formalista y reduccionista de los derechos fundamentales, que en bastantes ocasiones ha obstaculizado el progreso de la interpretación constitucional en nuestro. Si bien es cierto que tal noción data de finales del siglo XIX, fue hasta la Constitución de 1917 cuando reconocieron como tales a los derechos. Incluso, a pesar de haber tenido una de las primeras constituciones sociales del planeta, dichas normas eran un mero contenido programático.

El objeto de este apartado no es únicamente criticar el concepto de garantías constitucionales de la Constitución de 1917, sino a través del estudio de los mecanismos procesales que ayudaron a dotarlos de efectividad. Como bien ha sostenido Emilio Rabasa, desde 1822 México vivió una serie de constantes movimientos sociales y políticos, provocando el enfrentamiento entre la población civil y el animado encono entre las élites políticas que predominaban. El referido autor, sintetiza dicho panorama de la siguiente forma:

> En los veinticinco años que corren de 1822 en adelante, la nación mexicana tuvo siete Congresos Constituyentes los cuales produjeron un Acta Constitutiva, tres Constituciones y un Acta de Reformas, y como consecuencias: dos golpes de Estado, varios cuartelazos en nombre de la soberanía popular, muchos planes revolucionarios, multitud de asonadas, e infinidad de protestas, peticiones, manifiestos, declaraciones [...] los gobiernos [...] llevaron el contingente más poderoso para aniquilar la fe de la Nación, con la disolución violenta de dos congresos legítimos y la consagración como constituyentes de tres asambleas sin poderes ni apariencia de legitimidad [...] la dictadura desde 1857 sirvió para satisfacer las necesidades del desenvolvimiento nacional, que la Constitución era incapaz de impulsar ni de proteger; y el pueblo, que con su instinto de las realidades sigue a quien le hace bien, desoyó la voz de los políticos mientras los dictadores lo servían, y en tanto que la dictadura laboraba a diario el beneficio de la comunidad, la protegía...[1].

Normalmente se tiene la idea que 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

1. RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura: estudios sobre la organización política de México*, Tip. de revista de revistas, 3.ª de Colón 32, México, 1912, pp. 9 y 326; *La evolución histórica de México*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, México, 1920.

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. Por este motivo hemos decidido incluir un apartado de la influencia que tuvo la Constitución de Cádiz en la construcción de los derechos en México. Posterior a ello, analizaremos cuatro de los principales textos y documentos constitucionales que hemos considerado fundamentales, para entender la consagración y establecimiento del orden constitucional, la Constitución de Cádiz de 1812, 1824, 1847, 1857 y 1917, respectivamente.

En cada uno de estos modelos se identificarán los rasgos o caracteres principales de derechos humanos que fueron adoptados por el constituyente de cada época, con la finalidad de ir delineando y elaborando un modelo propio que sirva para comprender y entender en su integridad el fenómeno de las garantías individuales. Cabe señalar que solamente nos podemos referir a textos considerados realmente constitucionales como aquellos nacidos posteriores a nuestra independencia y donde existe un verdadero ejercicio de soberanía por parte de la nación mexicana, además que dicha Constitución o Acta de Reformas hubieren constituido una verdadera institución. Al respecto, el gran maestro Emilio O. Rabasa ha distinguido ciertos requisitos o características que deben reunir las Constituciones del país para ser consideradas como tales[2].

1) Que hubieran tenido alguna vigencia temporal;
2) Regido en la totalidad o buena parte del territorio mexicano;
3) Significado un rompimiento brusco con el pasado, sobre todo lo que se refiere a la forma de gobierno;
4) Aportado algo nuevo o distinto en el ámbito constitucional.

Cabe advertir que se ha incluido a la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 o Constitución de Cádiz, puesto que dicho documento ejerció en definitiva influencia sobre los constituyentes de 1824 y 1847, ya que fue el primer texto en consagrar (aunque de manera dispersa) los derechos humanos, a partir de los cuales fueron inspirándose los constituyentes mexicanos.

2. RABASA, Emilio O., *Historia de las Constituciones mexicanas*, UNAM-IIJ, México, 2004, pp. 2-3.

1. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES: LA INFLUENCIA DEL MODELO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812

Tiempo después del inicio de la independencia mexicana, surgieron distintos documentos relacionados con ideas de igualdad y libertad. Estos documentos preconstitucionales forman parte del movimiento intelectual de la época que influenciaron indirectamente al Constituyente de 1824, con las ideas de derecho natural. 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, dadas las grandes arbitrariedades que eran cometidas por los encomenderos, así como por las autoridades de la Nueva España[3].

Asimismo, 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»[4]. 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[5]:

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;

3. 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.
4. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, T. 2, *op. cit.*, 77.
5. PEREZ 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.

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.

Así las cosas, uno de los primeros textos de la independencia, redactado por Miguel Hidalgo, donde abolía la esclavitud, destaca la influencia neoescolástica, propia de un iusnaturalismo neotomista. Incluso, destacados historiadores del derecho han llegado a sostener la gran influencia que tuvo el derecho indiano en la formación de las primeras declaraciones de derechos en la nación mexicana[6]. En una de sus partes, el Bando destaca[7]:

> Generoso siempre el nuevo gobierno, sin perder de vista tan altos fines que anuncian la prosperidad de los americanos, trata que estos comiencen a disfrutar del descanso y alivio, en cuanto lo permitan la urgencia de la nación, por medio de las declaraciones siguientes, que deberán observarse como ley inviolable.
>
> Que siendo contra los clamores de la naturaleza, el vender a los hombres, quedan abolidas las leyes de la esclavitud, no solo en cuanto al tráfico y comercio que se hacía de ellos, sino también por lo relativo a las adquisiciones; de manera que conforme al plan del reciente gobierno, pueden adquirir para sí, como unos individuos libres al modo que se observa en

6. Al respecto pueden consultarse: ARENAL FENOCHIO, Jaime del, «La utopía de la libertad: la esclavitud en las primeras declaraciones mexicanas de derechos humanos»; BALLESTEROS, Jesús, «El primado de la idea de humanitas en Vitoria como fundamento de los derechos humanos»; CARPINTERO, Francisco, «Persona», «Derecho natural» y nuestra tradición jurisprudencial»; BEUCHOT, Mauricio, «Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos»; PÉREZ COLLADOS, José María, «El proceso intercultural de formación de los derechos del hombre. El caso hispanoamericano», entre otros artículos de gran relevancia que reúnen las memorias del Seminario: La tradición indiana y el origen de las declaraciones de Derechos Humanos realizado por la UNAM y la CNDH, recopilados en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, UNAM-IIJ, Vol. VI, México, 1994. Recomendable de igual manera el trabajo del Doctor Rafael Estrada Michel: *Monarquía y nación entre Cádiz y Nueva España*, Porrúa, México, 2006.
7. HERNÁNDEZ Y DÁVALOS, Juan E., «Bando del Sr. Hidalgo aboliendo la esclavitud; deroga las leyes relativas a tributos; impone alcabala a los efectos nacionales y extranjeros; prohíbe el uso del papel sellado, y extingue el estanco de tabaco, pólvora, colores y otros» en *Colección de Documentos para la Historia de la Guerra de Independencia de México de 1808 a 1821*, tomo II, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1985, pp. 243-244.

las demás clases de la república, en cuya consecuencia supuestas las declaraciones asentadas deberán los amos, sean americanos o europeos darles libertad dentro del término de diez días, so la pena de muerte, que por inobservancia de este artículo se les aplicará.

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 México en aquellas Cortes. El tema de «América» fue uno de los más encendidos, dada su enorme relevancia e importancia política. Se discutió de igual manera, los temas de la influencia y el poder que ejercían la iglesia, la nobleza y la Corona en las Indias. Finalmente, la Constitución fue promulgada en 1812. Dicho documento contiene 384 artículos y se encuentra dividido en diez títulos, y a su vez, subdivididos en 34 capítulos.

No existe un capítulo específico sobre Derechos Humanos, sino que estos 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 a 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 coercitivas[8]. En este sentido, se estableció en la normativa el siguiente conjunto de garantías institucionales a favor de los derechos humanos:

- Art. 172, incisos décimo y undécimo, relativos al derecho a la propiedad y la libertad;
- Art. 247: refiere el juicio ante un Tribunal competente, determinado con anterioridad a una ley;
- Art. 371: inviolabilidad del domicilio;
- Arts. 287, 290 y 291 a 308: garantías otorgadas en los procesos criminales.

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

De esta manera, la primera declaración de derechos surge en la Constitución de Cádiz, aunque esta no tuvo vigencia en los territorios de la Nueva España, servirá para establecer uno de los precedentes más importantes en el modelo de derechos humanos que sería implantado con posterioridad en México. Entre otros documentos de gran relevancia, destacan los *Elementos constitucionales* de López Rayón, emitidos el 30 de abril de 1812, así como los *Sentimientos de la Nación*, en donde abolía las castas y pugnaba por la existencia de un derecho a una tutela de justicia efectiva[9].

Asimismo, se encuentra como antecedente la Constitución de Apatzingán de 1814, la cual no llegó a regir ni un solo día. Esta se componía de 242 artículos, divididos en dos partes: I. Principios o elementos constitucionales y II. Forma de gobierno. La primera parte habla del principio de soberanía popular, contiene ciertos elementos de intolerancia religiosa (religión católica como única), establecía en su capítulo V los derechos de igualdad, seguridad, libertad y propiedad de los ciudadanos. La segunda parte del texto, se refiere a la organización y distribución del territorio de las provincias[10].

2. EL MODELO DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1824: LA INFLUENCIA DE LOS MODELOS AMERICANO Y FRANCÉS

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, Rousseau, Bentham, Constant, Vattel, Filangeri y el iusnaturalismo racionalista de influencia norteamericana[11]. 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

9. SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *La vida constitucional de México (Textos preconstitucionales)*, V. II, Tomos III y IV, FCE, México, 2009, p. 112.
10. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, y PANTOJA MORÁN, David, *Tres documentos constitucionales en la América española preindependiente*, UNAM-IIJ, México, 1975. Ver especialmente la primera parte.
11. FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, IIJ, UNAM, México, 1996, p. 20.

liberalismo, a su vez, establecía las demás prerrogativas individuales dispersas en el texto constitucional de la siguiente manera. Se componía de 171 artículos, y a su vez, se dividía en siete títulos:

Título 1.° Sección única. De la nación mexicana, su territorio y religión.

Título 2.° Sección única. De la forma de gobierno de la nación, de sus partes integrantes y división de su poder Supremo.

Título 3.° Del poder legislativo.

Título 4.° Del supremo poder ejecutivo de la federación.

Título 5.° Del poder judicial de la federación.

Título 6.° De los estados de la federación.

Título 7.° Sección única. De la observancia, interpretación y reforma de la constitución y acta constitutiva.

La Constitución de 1824 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. Tales como: la facultad otorgada al Congreso General, consagrada en el artículo 50, para crear leyes sobre:

1. Libertad de profesiones
2. Libertad de tránsito en relación con los productores
3. Libertad de imprenta

Igualmente la Sección 7.ª, destacan las Reglas generales a que se sujetará en todos los estados y territorios de la federación la administración de justicia.

Art. 146. Prohibición de penas infamantes y trascendentales.

Art. 147. Prohibición de confiscación de bienes.

Art. 148. Prohibición de leyes retroactivas en perjuicio.

Art. 149. Prohibición de penas crueles e inhumanas.

Art. 150. Prohibición de ser indiciado sin pruebas.

Art. 151. Prohibición de detenciones por más de 72 horas.

Art. 152. Inviolabilidad del domicilio y órdenes de cateo.

Art. 156. Derecho a la administración de justicia.

La Constitución de 1824, así como los textos de 1847 y 1857, dieron mayor importancia a la estructura político-jurídica, que a una Declaración de Derechos Humanos, en contraposición a la Constitución de 1917. Desde la perspectiva de algunos investigadores, la Constitución que ahora estudiamos «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»[12].

Dos ideas muy importantes provinieron del constitucionalismo norteamericano: la idea de *federalismo y la de república*, mientras que el tema de los procesos electorales para la formación de poderes, intolerancia religiosa, así como la incorporación de los derechos humanos, que se retomaron de la Constitución de Cádiz. De momento, no entraremos a discutir el tema de los problemas de la consagración de la República, ya que este resulta bastante extenso, además, excedería el principal tema a tratar en este apartado, que es la construcción de las garantías constitucionales a favor de los derechos humanos en México. Sin embargo, debemos advertir que la consagración de la República en México tuvo serias dificultades como consecuencia de la falta de suficiencia económica de las entidades federativas, los cacicazgos locales, entre muchos otros factores que provocaban el desarrollo infructuoso de esta institución[13].

3. EL MODELO DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1857: LA INFLUENCIA DEL MODELO AMERICANO

Como antecedentes fundamentales de la Constitución de 1857 y la configuración de garantías institucionales en dicha Ley Fundamental destacan varios proyectos de Constitución: el de 1842, y el Acta de Reformas de 1847. 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 Constitución[14]. 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

12. 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, pp. 6-7.
13. RABASA, Emilio O., *El pensamiento político y social del constituyente de 1824*, UNAM, México, 1986, p. 120.
14. 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.

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 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»[15].

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[16].

15. MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Porrúa, México, (1.ª Ed. 1873), 1979, pp. 22-23.
16. 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.

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, 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. Este 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[17].

Por otra parte, el Constituyente de 1856-1857 constituye uno de los proyectos políticos más importantes en la historia del constitucionalismo mexicano, no solo por la calidad de debate parlamentario, sino también por la sólida formación de sus diputados Constituyentes, calificado por algunos autores como el más ilustrado en la historia política mexicana. 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»[18].

Los principios sobre las garantías jurídicas para hacer válidos los Derechos Humanos rectificaron 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. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada por el Congreso Constituyente el 5 de Febrero de 1857, se encuentra dividida en ocho títulos y a diferencia de las anteriores, ya se advierte una clara sistematización entre la organización del gobierno y una declaración de derechos del hombre, desde la perspectiva de límites al poder político.

En el Título 1, Sección I, se encuentra el apartado referente a «Los derechos del hombre», haciendo patente la división entre mexicanos, ciudadanos y extranjeros. En el Título 2, destaca la soberanía nacional y la forma de gobierno, así como la organización político-territorial de los Estados de la Federación. El Título 3, aborda el tema de la división de poderes y su ejercicio. Posterior a ello, el Título 4 aborda la temática sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, el Título 5, los Estados de la Federación. Finalmente, las prevenciones generales, reforma e inviolabilidad

17. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, Constitución y Derechos Humanos (Orígenes del control jurisdiccional), Porrúa, México, 2009, pp. 167-168.
18. RABASA, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000. p. 67.

de la Constitución en los Títulos 6, 7 y 8 respectivamente. En síntesis, tres fueron las principales cuestiones en torno a las cuales giraron los debates del constituyente de aquel tiempo y sobre los cuales, existió un consenso unánime: los *derechos humanos, el federalismo y la soberanía popular.*

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 1.° de aquel 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.

De lo anterior, queremos señalar que 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 del 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. Es decir, 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.

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. En tal sentido, destaca la presencia de las ideas de Thomas Jefferson, Tocqueville, Benjamin Constant[19]. 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.

Durante el siglo XIX, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo una función interrumpida por los constantes golpes militares en el país. La formación de jurisprudencia se concentró en la publicación de sentencias de los juicios de amparo de 1871 a 1875. Sin embargo, la suspensión de la misma se dio a durante el último cuarto de ese silo, debido al

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

levantamiento armado del general Porfirio Díaz, quien fuera posteriormente Presidente. Posterior a la reaparición de la función de la labor de la Suprema Corte en 1881 a 1889 se generó una crisis, debido a la sobredemanda de administración de justicia federal, por el exceso de amparos contra resoluciones judiciales civiles y criminales[20]. La jurisprudencia queda finalmente interrumpida a finales del siglo XIX, como consecuencia de la dictadura militar de ese entonces[21]. La construcción del modelo de las garantías a los derechos humanos durante el siglo posterior se va edificando sobre el paradigma de la institución del juicio de amparo. A pesar que el modelo de la Constitución de 1917 recupera la tradición garantista de su antecesora, la concepción reduccionista de derechos que está contenida en la misma, trajo consigo un retroceso significativo en la garantía de los mismos, debido a las razones que expondremos en el siguiente epígrafe.

III. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO DEL SIGLO XX

El modelo de garantías y derechos que emerge de la Constitución de 1917 proviene de la Constitución predecesora de 1857. Resulta sumamente curioso que a pesar que el juicio de amparo como medio de defensa de los derechos humanos surge durante el siglo XIX en México, la efectividad de los mismos durante el siglo posterior no se dio con la misma fuerza. Este instrumento se convirtió con el paso del tiempo en un instrumento elitista, alejado de los grupos vulnerables y minorías. El formalismo jurídico impregnó los círculos académicos y recintos judiciales dando paso a criterios legicentristas que legitimaba la máxima institución judicial del país a través de sus decisiones judiciales.

Los derechos y garantías parecían estar (*prima facie*) fusionados a partir del concepto de Garantías Individuales consagrado por el Constituyente de 1917. Sin embargo, la insuficiencia de dicho modelo no solo es nominal, sino que reside en una concepción ideológica aferrada a una idea estrecha de los derechos humanos e interés jurídico. Ejemplo de ello es que en México los derechos políticos no fueron reconocidos como derechos humanos hasta finales del siglo XX, y su plena justiciabilidad se da hasta

20. CABRERA ACEVEDO, Lucio, «El Semanario Judicial de la Federación y la Jurisprudencia», en *La Suprema Corte de Justicia a fines del siglo XIX, 1888-1900*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1992, pp. 54-55.

21. CABRERA ACEVEDO, Lucio, «La Jurisprudencia», en *La Suprema Corte de Justicia a fines del siglo XIX, 1888-1900, op. cit.*, p. 248.

2008, lo anterior como consecuencia de un concepto reducido de interés jurídico y derecho subjetivo. Enseguida se explicará la evolución de este modelo durante el siglo XX.

1. EL MODELO DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917: LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la Constitución de 1917 establecía:

> En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

En el párrafo tercero del Mensaje y Proyecto de la Constitución presentada por Venustiano Carranza el 1.° de diciembre de 1916[22], 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[23].

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: 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». Quizá la principal interrogante a dilucidar respecto a este punto será determinar si se trata de un cambio meramente semántico o de un viraje conceptual de paradigma[24].

Al respecto, es preciso señalar 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

22. 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, 3.ª época, Publicación bimestral, enero-febrero de 1967.
23. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, *op. cit.*, pp. 23-25.
24. RABASA, Emilio O., *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, UNAM, 1996, MÉXICO, p. 87.

las libertades, o sea, el Estado[25]. En el Diario de Debates del Constituyente de 1917 puede leerse la opinión de quienes sostienen, que el término de Derechos del Hombre fue sustituido por el de Garantías Individuales[26]. La interesante participación del diputado Martínez de Escobar es ejemplificativa en ese sentido, 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. 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 leguaje 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[27].

De esta manera, entre los principales aportes de esta Constitución se encuentran en la consagración por primera vez de los derechos sociales en un texto de índole constitucional en el mundo, a través del establecimiento y regulación de los derechos laborales, así como la dotación de tierras ejidales a los campesinos. Asimismo, destaca el espíritu anticlerical y hasta jacobino de algunos parlamentarios de aquel congreso, lo cual se vio reflejado en la redacción final del artículo 130. Para comprender mejor el fenómeno de las garantías constitucionales realizaremos al análisis de cada uno de estos modelos a la luz de las ideas del liberalismo mexicano.

2. LA INSUFICIENCIA DEL MODELO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO DURANTE EL SIGLO XX A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN LEGICENTRISTA

La concepción reduccionista de las Garantías Individuales está relacionada 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 de una verdadera

25. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, *op. cit.*, pp. 87-88.
26. Véase la participación del diputado Rafael Martínez, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano*, *op. cit.*, pp. 23-25.
27. *Ibid.*, p. 66.

separación y autonomía de poderes, ocasionaron que la interpretación de cada uno de los principales postulados rectores de aquella Carta Fundamental estuviera ausente.

La insuficiencia de este modelo radica en varios aspectos a saber: el agotamiento del modelo decimonónico de garantías, el papel reduccionista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como defensor de los derechos humanos, la reducida protección del juicio de amparo como instrumento tutelar de los derechos, así como la ausencia de pautas interpretativas eficientes para la defensa y protección de los derechos fundamentales en México. Estos aspectos serán analizados a continuación.

2.1. El agotamiento de modelo decimonónico de Garantías individuales en México

El precursor de la Constitución mexicana de 1917, 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, la solución a través del cambio conceptual hacia el modelo de garantías individuales que después irían a identificarse con los derechos humanos a partir de una concepción de derechos subjetivos públicos, no fue suficiente para superar dicho problema.

En la Constitución de 1857 se lograron consagrar y armonizar los principios de los liberalismos existentes de aquella época, logrando por primera vez establecer una Declaración de Derechos que ninguna Constitución del país hasta ese entonces había logrado tener. Aunado a lo anterior, destaca la búsqueda de un instrumento judicial para lograr la protección de los derechos humanos. Esto encuentra sustento en el Acta de Reformas de 1847, en el voto particular del jurista Mariano Otero, así como la consagración institucional del juicio de amparo, tanto a nivel local en una primera fase, y el proyecto constitucional del Estado de Yucatán por Manuel Crescencio Rejón, en 1841, al establecer el juicio de amparo local.

Cabe además señalar que 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 la Suprema Corte sobre las Garantías Individuales, sujeta a los vaivenes del propio sistema político y la escasa división de poderes.

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 humanos[28]. De igual manera, en 1997 a través de una tesis verdaderamente redundante y confusa, la Suprema Corte 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[29].

Ha sido en definitiva la novena época, especialmente a partir del año 2000, donde hemos visto con mayor énfasis, nuevos criterios interpretativos, por medio de los cuales se distinguen conceptual e ideológicamente las garantías individuales de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales[30], aunque en ocasiones vuelve a mutar el criterio hacia el de Garantías Individuales[31]. El espíritu que guio al legislador de la Constitución vigente estuvo imbuido de una cierta visión pragmatista y de recelo a las instituciones judiciales. El reclamo por parte de los Congresistas de 1917 hacia sus antecesores, se centró en la falta de mecanismos adecuados para garantizar esos Derechos Fundamentales. Definitivamente, el término de

28. Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, quinta época, Tomo IX, pp. 3630-3631.
29. Tesis P. / J.2 /97, Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, p. 5.
30. Tesis: 1a. LXVI/2008, RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Julio de 2008, p. 462.
31. Tesis: P./J. 130/2007. 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. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.

Garantías Individuales en la Constitución aparece en un momento en que las circunstancias políticas y jurídicas de la época exigían el cumplimiento inmediato a los preceptos que habían sido abandonados en un Estado mínimo, donde los contrapesos entre poderes no existían y los jueces carecían de una legitimación social y política.

Cabe señalar que esta precisión terminológica del concepto de derechos humanos 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.

Es claro que el otorgamiento de garantías a todos los ciudadanos, siguiendo la redacción del artículo primero de la Constitución de 1917 evoca en cierta forma, un paradigma o concepción iuspositivista. Esta tesis podría quedar fortalecida con criterios jurisprudenciales sobre la sinonimia de tales términos, pero siguiendo el espíritu de los congresistas que elaboraron la actual Carta Fundamental, podemos establecer que lo que deseaban en ese momento era otorgar las garantías adecuadas para llevar a cabo los derechos humanos planteados en las anteriores Leyes Fundamentales.

Mientras que algunos tratadistas consideran que este artículo asienta la tesis positivista respecto a los derechos humanos, nosotros coincidimos con la tesis de 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». Jorge CARPIZO, al referirse a este problema conceptual precisó:

> 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 subconstitucional[32].

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

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»[33].

El fortalecimiento de la tesis que defendemos, 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[34].

La cuestión más importante de todas radica en identificar las causas por las que el modelo de las garantías individuales se encuentra agotado. Para comprender en su integridad la crisis del paradigma que hemos sometido a crítica, es necesario hablar del modelo interpretativo estructural de derechos. Es decir, tener una base sólida a partir de la cual podamos señalar sus deficiencias y carencias. En este momento, por razones de método nos debemos limitar a señalar algunas de las principales deficiencias de la teoría constitucional del modelo de las garantías constitucionales del siglo XX desde el punto de vista de su fundamentación.

Al respecto, es necesario remitirnos al papel que desempeña la 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. Es decir, la comprensión del derecho aún sigue conservando la concepción formalista de entender al sistema jurídico como un conjunto coherente, ausente de antinomias. Jaime Cárdenas Gracia, se ha referido al problema del atraso que tiene el sistema jurídico mexicano con base a diez tesis: la 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

33. Ídem.
34. Ídem.

de este contexto, el indebido monopolio de la interpretación constitucional por la SCJN, el desconocimiento del modelo jurídico, 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[35]. Para la teoría constitucional del siglo XX predominó la siguiente concepción de las garantías individuales y los derechos fundamentales:

> Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, 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 estas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos [...] gobernados, por un lado y Estado y autoridades por el otro[36].

Aunado 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.

Me explico, se tiene la idea errónea de 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 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.

35. 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.

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

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe renovar? ¿cuáles son las fallas sustanciales que detectamos en el modelo sometido a crítica?

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.

Para lograr lo anterior, es necesario aceptar la necesaria y olvidada conexión entre el derecho y la moral, que el modelo de garantías individuales ha negado a partir de su rígida división inspirada en el positivismo jurídico, donde la realidad social y los criterios de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas no son tomados en cuenta al momento de resolver un caso en concreto. Cuestión contraria que sí proporciona un modelo de derechos fundamentales, inspirado en un positivismo moderado o corregido o un iusnaturalismo racionalista, ya que no se evaden las cuestiones más escabrosas del derecho, concernientes a la colisión entre principios y valores constitucionales, que en ocasiones implican o involucran cuestiones morales, tales como las discusiones del aborto, pena de muerte, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, entre otras.

Los derechos fundamentales no deben ser confundidos con sus respectivas garantías. Una garantía significa: el *medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho*. El Constituyente de 1917 incurrió en una imprecisión terminológica y fundamentó de manera ambigua el título I de la Ley Suprema, al establecer el término «garantías individuales». El agotamiento del modelo de las garantías individuales en su aspecto sustancial es un fenómeno complejo y que involucra un sinnúmero de factores, entre los que destacan: la concepción reduccionista y formalista de los derechos humanos, la separación radical y la negación de la conexión entre el derecho y la moral, lo cual ocasiona en muchas ocasiones la falta de métodos de argumentación en base a la técnica de ponderación, ya que se niega que dos principios o valores constitucionales puedan estar en conflicto.

2.2. El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional

Durante el siglo XX la Suprema Corte de Justicia de la Nación inicia la cuarta época, finalizando en 1914, debido al movimiento revolucionario

en México, y como consecuencia del Plan de Guadalupe, impulsado por Venustiano Carranza, el cual desconoció los tres Poderes de la Unión, clausurando la Corte. En esta época aparecen publicados en el Seminario las resoluciones de los Tribunales Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales[37]. La época de la jurisprudencia aplicable inició el 15 de abril de 1918 y terminó con las ejecutorias en julio de 1957. En este periodo se logró una mejor sistematización, por medio de la clasificación a través de la jurisprudencia en el Semanario Judicial de la Federación.

Durante la sexta época que comprende de julio de 1957 a diciembre de 1968, se sistematiza la jurisprudencia y se precisan los elementos de identificación de los precedentes que las sostienen, además de añadir parte de la ejecutoria correspondiente. Por su parte, la séptima época da inicio a partir de un factor legislativo, que fueron las reformas a la Constitución Federal y a la Ley de Amparo, en 1968, las cuales dieron competencia a los Tribunales Colegiados de Circuito para integrar jurisprudencia, así como para conocer de amparos directos. Esta época termina con las reformas constitucionales de 1988.

En la octava época se inician las reformas constitucionales y legales de 1988, y termina con la reforma judicial del año de 1994. La jurisprudencia se clasifica en Pleno, Salas Numerarias, Sala Auxiliar y Tribunales Colegiados. Asimismo, se publican los votos particulares del Pleno y de las Salas. Mientras que la novena época inicia por medio del acuerdo 5/1995 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 13 de marzo de 1995. La reforma al poder judicial de 1994 es quizá una de las reformas de mayor trascendencia del Poder Judicial de la Federación, ya que con ella, se logró tener mayores mecanismos para la defensa de la Constitución. Asimismo, destaca el papel que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de Tribunal Constitucional y como árbitro en la decisión de conflictos de gran importancia y trascendencia, ya que se encargará de dirimir conflictos entre poderes de manera efectiva y ejercer un control abstracto de la constitución, a través de las acciones de inconstitucionalidad.

La principal crítica que se realiza a la sistematización de este periodo en nuestro país reside en la ausencia de una verdadera teoría constitucional que brinde o proporcione directrices y pautas interpretativas y argumentativas. Coincido con la sistematización propuesta por José Ramón

37. CABRERA ACEVEDO, Lucio, «La Suprema Corte, la revolución y el Constituyente de 1917» *en La Suprema Corte, la revolución y el Constituyente de 1917*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1994, pp. 19-25.

COSSÍO, en el sentido de su propuesta de clasificar a las épocas o periodos de la Corte, según el sentido de la interpretación de las resoluciones, ya que dicha sistematización se adecua en mayor medida a los fines de esta investigación[38]. Así las cosas, la clasificación del referido autor es la siguiente.

- El periodo constitutivo (1917–1927);
- El periodo liberal (1927–1934);
- El periodo socialista (1934–1940);
- El periodo estatista (1940–1994), y
- La teoría constitucional de la novena época (1995–2000).

El *periodo constitutivo* se caracterizó por la interpretación legislativa de la Constitución. Esta situación se debió a la cercanía del Constituyente y la composición de la misma Corte por algunos diputados del constituyente de esa época. De esta forma, el sentido y significado de algunos preceptos constitucionales parecía evidente y claro para muchos de ellos. Por otra parte, el *periodo liberal* se caracterizó por los criterios literales de los preceptos constitucionales. En este sentido, se dotó a las garantías individuales de un sentido amplio, dirigido a impedir un variado conjunto de actuaciones estatales respecto de los particulares.

Ante la *ideología del régimen* durante el sexenio del Presidente Lázaro Cárdenas con tinte netamente *socialista* inicia el *tercer periodo*. En esta fase, la interpretación de los preceptos constitucionales, se encontraban caracterizadas por un sentido preponderantemente de carácter social. En este sentido, estaba la subordinación de los individuos frente a los entes colectivos sociales.

El siguiente periodo, denominado: *estatista*, es el más pobre de todos en materia interpretativa, y esto se debe a que la Suprema Corte redujo los contenidos y alcances de sus decisiones a expresiones mínimas, de ahí que Cossío lo denomine también como periodo «minimalista». En este periodo no se dieron definiciones sobre los alcances de la Constitución ni de las garantías individuales en particular[39]. Estas condiciones particulares de inestabilidad en la carrera judicial y la escasa consolidación de criterios interpretativos evolutivos que legitimaran socialmente la

38. COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002, p. 16.
39. *Ibid.*, pp. 77-129.

institución del poder judicial en nuestro país, estuvieron ausentes debido a las condiciones anteriormente apuntadas.

Los ministros y demás miembros del poder judicial formaban parte del régimen político en turno y por lo tanto se encontraban subordinados al mismo[40]. Uno de las muestras más sobresalientes de esta actitud fue la concepción minimalista de los criterios interpretativos y argumentativos de la Constitución se vio reflejada, en la «*mitificación del juicio de amparo*», al grado de considerar a este instrumento como uno de los máximos baluartes y piezas de la ciencia jurídica en México, e incluso, fue propuesto por los juristas del régimen como un modelo a seguir para otras naciones; «se olvidó que este era solo una pieza adjetiva del derecho, y que su parte sustantiva, las garantías individuales, no podían encontrar formas adecuadas de desarrollo en la situación en la que se vivía»[41].

De esta forma, la representación de la Constitución quedó reducida a «un conjunto de decisiones políticas fundamentales derivadas de factores reales del poder que, por lo demás, habían decidido reconocer y someterse a una serie de hechos individuales preexistentes»[42]. Incluso, el catálogo de derechos sociales (con excepción del derecho a la educación) se manifestaba mediante la imposición de limitaciones a los mismos particulares[43]; así las cosas, el modelo de Estado Social «establecía una serie

40. COSSÍO, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, FCE, México, 1996; SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, México, 1971.

41. COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002, p. 135. El ministro Cossío recuerda que una de las pugnas más sobresalientes sobre el tema del juicio de amparo destaca la sostenida en los años 60's por el jurista Burgoa Orihuela y el maestro Fix-Zamudio. En 1964, el discípulo de Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, publicó su obra «*El juicio de amparo*» donde hacía un estudio minucioso, detallado e integral del juicio de amparo en México; años más tarde, vino la réplica de Burgoa en la cuestión del enfoque dado por Zamudio al amparo como un simple proceso, acusándolo de extranjerizar y deformar la institución del amparo. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo, (presentación de Antonio Martínez Báez)*, Porrúa, México, 1964; BURGOA, Ignacio, «Prólogo a la Sexta Edición» en *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 2006, pp. 14-16. En la actualidad, coincidimos con muchos de los juristas contemporáneos cuando afirman que se requiere una amplia y profunda reforma al juicio de amparo, ya que este instrumento se ha vuelto obsoleto en muchos de sus conceptos y figuras fundamentales. *Vid.* ZALDIVAR, Arturo, «El juicio de amparo y la defensa de la Constitución» en COSSÍO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (comp.) *La defensa de la Constitución*, Fontamara, México, 2000, pp. 43-64; ZALDIVAR, Arturo, *Hacia una nueva Ley de amparo*, UNAM, IIJ, México, 2002.

42. COSSÍO, José Ramón, «La representación de la Constitución» en *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, 1998, pp. 43-52.

43. COSSÍO, José Ramón, «El entendimiento de la Constitución en el Constituyente de 1916-1917» en *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, *op. cit.*, pp. 15-29.

de limitaciones a sujetos "poderosos o relevantes" (iglesia, latifundistas o patrones), a efecto de lograr que estos respetaran ciertas condiciones mínimas de otros sujetos considerados débiles o menos poderosos»[44].

Esta serie de factores negativos en la teoría constitucional, ocasionaron lo que el ministro Cossío ha denominado «*trivialización del estudio de la constitución*». La interpretación constitucional se volvió letrista y la legitimación del poder judicial dependía cada vez más de la idea formalista de que este era el máximo Tribunal. Bajo este manto de ilegitimidad ciudadana, «el conocimiento de los juristas comenzó a ser visto con grandes sospechas, tanto por su trivialidad, como por su cercanía con el régimen [...] el paradigma que hoy en día tenemos para el estudio de la Constitución es francamente poco útil [...] el mismo está construido para justificar y para buscar la homogeneidad de una sociedad que era vista desde el poder como coherentemente revolucionaria»[45].

La *teoría constitucional de la Suprema Corte de la novena época* (1995–2000) es quizá una de las épocas más importantes y relevantes debido a su gran repercusión en el sistema político y jurídico mexicano. La independencia y autonomía lograda por el poder judicial a partir de las reformas del año 1994 y subsecuentes, llevaron a fortalecer este órgano. La creación del Consejo de la Judicatura Federal auxilió al poder judicial federal en la labor administrativa y de profesionalización de los servidores públicos del poder judicial[46]. La labor de la décima época se explicará en el apartado siguiente, ya que coincide con la reforma constitucional en materia de derechos humanos y el parteaguas que significó el precedente Radilla de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el máximo Tribunal mexicano.

2.3. El juicio de amparo como instrumento protector de las garantías individuales en el Estado Constitucional mexicano y su reconfiguración

En los dos modelos jurídicos más importantes: el romano-germano y el anglosajón, existen distintos procesos a través de los cuales se pueden

44. COSSÍO, José Ramón, «Los efectos de la representación constitucional dominante respecto de los derechos sociales» en *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, *op. cit.*, p. 77.

45. COSSÍO, José Ramón, «Los efectos de la representación constitucional dominante respecto de los derechos sociales» en *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, *op. cit.*, p. 100.

46. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los procesos contemporáneos del poder judicial en México*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1998.

proteger y tutelar los Derechos Fundamentales[47]. Por décadas, el juicio de amparo era el único medio para la protección de las mal denominadas «Garantías Individuales» en el Estado Constitucional mexicano[48]. Una de las principales críticas a este medio de defensa de los derechos fundamentales era, o sigue siendo en ocasiones, el excesivo tecnicismo que provoca que este mecanismo se haya vuelto hoy en día uno de los procesos más complejos en la jurisdicción mexicana, causando de esta forma que el amparo se encuentre alejado de las verdaderas necesidades de las personas y concebido como un instrumento judicial alejado de la protección a los derechos de las minorías desfavorecidas.

Aunado a lo anterior, existe una fuerte crítica alrededor de la falta de coherencia y sistematización en la argumentación judicial en las sentencias del poder judicial federal, lo cual provoca que hasta al día de hoy esta figura no esté democratizada, situación paradójica para un instrumento que pretendía en esencia tutelar los derechos fundamentales. Al respecto, el jurista Jean Claude Tron Petit refiere lo siguiente en torno a la argumentación actual en el juicio de amparo:

> Actualmente, los criterios jurisprudenciales en materia procesal son muy abundantes y mutantes –especialmente en los últimos diez años–, lo que ha impedido definir y connotar, a cabalidad y en conjunto, las razones de inoperancia en las argumentaciones de constitucionalidad o legalidad –conceptos de violación–. Es así que, en la mayoría de los casos, las respuestas son ambiguas y la jurisprudencia reacciona, rechazando determinados planteamientos, pero sin explicar en un contexto sistemático, a universalidad y relevancia de las causas. Dicho en otras palabras, las respuestas y las soluciones existentes son dispersas, parciales, casuísticas y asistémicas[49].

47. En un sentido amplio, no solamente los remedios procesales específicos protegen los derechos fundamentales como el juicio de amparo, los Writs anglosajones, el amparo español, el recurso constitucional en Alemania, etc. Sino que dentro de la jurisdicción constitucional de la libertad se incluyen aquellos procesos ordinarios indirectos y directos a través de los cuales el ciudadano acude para que se le administre justicia. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *op. cit.*, pp. 11-19.
48. Cabe mencionar que los derechos político-electorales reciben una tutela y protección especial conocida como *Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales*, en razón de que el tradicional y caduco pensamiento jurídico en México no le concedía la categoría de derechos fundamentales a los derechos políticos hasta hace pocos años. *Vid.* REYES ZAPATA, Mauro Reyes, «Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano» en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2002, pp. 773-792.
49. TRON PETIT, Jean Claude, Argumentación en el amparo (Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo), Porrúa, México, 2009, p. XVII.

Destaca también la crítica en contra de defectuosa calificación de los agravios, a partir de una errónea equivalencia de los conceptos de derecho subjetivo e interés jurídico, respectivamente, producto de un positivismo y legalismo jurídico y un falso sincretismo metodológico, que ocasiona y reduce el ámbito de protección del instrumento tutelar de los derechos fundamentales[50].

Como consecuencia de esta crisis, en 2014 fue rediseñada la Ley de Amparo, cuya reforma constitucional había sucedido desde hace tres años. Su elaboración tardó más de lo previsto inicialmente, ya que en principio, la reforma constitucional sobre esta misma materia (arts. 94, 103, 104, 107 y 112) en su artículo segundo transitorio indicaba que, el Congreso de la Unión expediría las reformas a la *Ley*, dentro de los 120 días posteriores a la publicación del Decreto respectivo (6 de junio de 2011)[51]. Finalmente, después de un intenso debate legislativo y trabajo en Comisiones de ambas Cámaras del Congreso de la Unión[52] surgió un Dictamen definitivo por

50. *Vid.* CRUZ PARCERO, 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.
51. Cabe advertir, que la reforma en materia de Derechos Humanos (comentada en este mismo Volumen), fue publicada igualmente, en el Diario Oficial de la Federación 4 días después, el 10 de junio de 2011.
52. El proceso legislativo fue el siguiente. En principio, el día 15 de febrero de 2011, los senadores Jesús Murillo Karam, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; Alejandro Zapata Perogordo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional y senadores integrantes de diversos Grupos Parlamentarios, presentaron una iniciativa de Ley sobre la materia. En esa misma fecha, fue turnada a la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores, la cual determinó que la iniciativa referida fuero turnada a las Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos. Posteriormente, el 22 de septiembre de 2011, se presentó una nueva iniciativa del grupo parlamentario del PRD, misma que fue turnada a la Comisión referida. Ambas disponibles en: http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=32102 El 5 de octubre de ese mismo año, dicha Comisión elaboró un Dictamen donde se fusionaron ambos proyectos. Se turnó a la Cámara de Diputados el 18 de octubre de 2011. El 12 de febrero de 2013, la Cámara de Diputados emitió algunas modificaciones (la mayor parte. de ellas menores) donde se modifica el Dictamen inicial, elaborado en la Cámara de Senadores. Gaceta Parlamentaria Año XVI Palacio Legislativo de San Lázaro, martes 12 de febrero de 2013 Número 3706-IX. Estas modificaciones fueron recibidas en la Cámara de Senadores el 19 de febrero de 2013 (Diario de Debates del Segundo Período Ordinario. LXII Legislatura. Diario 6). Y su discusión y aprobación en Pleno tuvo lugar el 20 de marzo de 2013. (Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores, celebrada el miércoles 20 de marzo de 2013. LXII Legislatura) a la Cámara de Senadores para su discusión y se aprobó (con 101 votos a favor, en lo general) el 20 de marzo de 2013.

el Senado de la República, en el cual se resumen algunos de los motivos más importantes para su aprobación[53].

Esta nueva *Ley*, aprobada el 20 de marzo de 2013, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril del mismo año, por el Presidente de la República, complementó un conjunto de reformas constitucionales publicadas el 6 de junio de 2011, en materia de amparo, a distintos numerales de la Constitución Federal (94, 103, 104, 107 y 112). En dicha reforma, se habían establecido los cimientos a partir de los cuales el propio legislador debería trabajar para sacar adelante la nueva *Ley*. En estos cambios constitucionales, se pretendía modernizar esta institución, que por largas décadas, se había convertido en un instrumento invaluable y había sido pionera en distintos aspectos en la protección de los derechos de los mexicanos, pero que desafortunadamente, con el paso del tiempo, había ido perdiendo su prestigio, debido a que su reglamentación era anticuada y ajena a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales.

La confección de esta *Ley* fue realizada bajo el mayor consenso posible, participó el Poder Judicial de la Federación, Universidades, organizaciones civiles de Derechos Humanos, barras de abogados, entre otros. Por ende, recoge las preocupaciones y la percepción que el común denominador de la población tiene sobre el juicio de amparo, que en general, resulta ser bastante negativa, sobre un recurso elitista, costoso, alejado de las mayorías, y comúnmente, protector de los intereses oligárquicos, e

53. He de señalar que en el sistema jurídico mexicano no se cuenta formalmente con lo que en el derecho constitucional se conoce como Exposición de Motivos, sino que pueden existir varias, dependiendo de la cantidad (de iniciativas) que se presenten. Por ese motivo, me adhiero a la idea en que los Dictámenes recogen de una manera más profesional, detallada y consensuada, la labor de los legisladores. Por esta razón, tomaré como referencia al Dictamen elaborado por la Cámara de Senadores como principal documento donde se aportan las razones definitivas para la elaboración de la Ley, ya que las modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados fueron mínimas, y casi sin aportar algo adicional a lo planteado inicialmente. De ahora en adelante: *Dictamen*. Véase entonces: Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia; de Gobernación: de Estudios Legislativos, Segunda a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículas 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. 5 de Octubre de 2011. Primer Periodo Ordinario. Gaceta del Senado de la República, Año III, Primer Periodo Ordinario, Legislatura LXI, 6 de octubre de 2011, núm. 283, Tomo II, 6 de Octubre de 2011. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/3/2011-10-06-1/assets/documentos/ley_amparo.pdf.

inclusive, de los abusos del derecho. Por ende, esta preocupación quedó traducida en la necesidad de democratizar el amparo dotándolo de efectivos mecanismos que lo hicieran más asequible. En el *dictamen* se advierte lo siguiente.

> Los transiciones democráticas exitosas se han apoyado en los poderes judiciales federales –y, en especial en tribunales constitucionales– para lograr una lectura democrática de lo Constitución y las leyes. Lo existencia de poderes judiciales federales conscientes de lo que conlleva un movimiento democratizador de las instituciones, permite que se dicten resoluciones trascendentes que redefinan los derechos fundamentales y los adopten al contexto democrático. No debe olvidarse que es en los derechos fundamentales donde se reside el núcleo básico de derechos que, si se respeta, hoce posible lo creación de ciudadanos[54].

En este sentido, una de las principales inquietudes que recoge, es su ámbito de protección. Su procedencia se amplía, respecto de cualquier norma general que viole Derechos Humanos, contenidos no únicamente en la Constitución Federal, sino también en los Tratados Internacionales que ha suscrito el Estado mexicano (que son más de 150). Esto convierte a la más reciente reforma constitucional de Derechos Humanos en una realidad y no solo en papel mojado. Además, es lógico que en su momento, hace casi setenta años, el legislador haya escapado muchas circunstancias de la realidad actual, por lo que es saludable que las democracias se apoyen en instrumentos internacionales que consagren derechos inicialmente no previstos en las Constituciones de los Estados, o bien, que brinden una protección mayor a las personas. En consonancia con lo anterior, es importante destacar la ampliación del concepto de acto de autoridad, hacia las omisiones de la misma. Es decir, por aquellos actos que deje de hacer la autoridad, si es omisa en el cumplimiento de alguna obligación que le impone la ley.

Lo mismo sucede con el interés solicitado para ejercitar el juicio de amparo. Básicamente, se introdujo un nuevo 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 generalidad de casos[55], como la afectación a los derechos de los consumidores, o al medio ambiente, por

54. *Dictamen*, p. 6.

55. *Vid.* CRUZ PARCERO, 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.

ejemplo. En síntesis, se convierte en un mecanismo más eficiente, al permitir al accionante, demostrar su interés, 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. Sobre este punto, precisó el legislador lo siguiente.

> La comprensión del interés legítimo no es fácil dentro de los esquemas en los que se ha desenvuelto el juicio de amparo mexicano desde finales del siglo XIX hasta la fecha. Es necesario, como sucede con múltiples de los avances contenidos en la ley, abrir la mente a novedosas categorías y a una forma más democrática de entender el papel del control de la constitucionalidad de las libertades. Se trata de poner el énfasis en el control sobre el ejercicio del poder; de privilegiar la vigencia plena de los derechos fundamentales frente al abuso de la autoridad; se trata, en suma, de superar el modelo que sirvió a sistemas autoritarios para avanzar hacia un nuevo paradigma que coadyuve al fortalecimiento de un estado democrático[56].

En síntesis, 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. Otro cambio de paradigma, es el concepto de autoridad para efectos del amparo. En principio, el legislador reconoce que el concepto actual se encontraba desfasado de la realidad, y alejado del advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, que han transformado el papel del Estado frente a los gobernados. En tal sentido, no contemplaba nuevas situaciones, como la actuación de los particulares en las relaciones jurídicas. Al respecto el legislador mexicano se inspiró en legislaciones comparadas de países como Argentina, Venezuela, Chile, Uruguay, que admiten un amparo frente a particulares. Después de un análisis reflexivo sobre las distintas vías (civil, administrativa) que pudieran ejercitarse para hacer valer los derechos, el legislador determina que el juez deberá hacer caso a la afectación material del derecho fundamental en cuestión, sobre el acto de autoridad, así como las condiciones del particular para defenderse, y no tanto al aspecto formal de quien emite el acto violatorio de derechos. Esto abriría la puerta, por ejemplo a aquellas empresas que gocen de la concesión de algún servicio público, como la telefonía o el transporte.

> ... existen casos en los que deban tener este cauce procesal para obtener una protección más eficaz, más justa y por tratarse de una violación directa a este tipo de derechos. Por ello se considera que la mejor forma de plasmar este concepto en esta Ley y de explicarlo en el presente dictamen es definir

56. *Dictamen*, p. 17.

> el acto de autoridad y que los particulares tendrán dicha calidad cuando sus actos u omisiones sean equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos del acto de autoridad que objetivamente se define en la fracción II, y cuya potestad o función derive de una norma general y abstracta[57].

Finalmente, el legislador advertía los posibles riesgos de abrir dicha puerta, y señala que en ningún momento, la apertura del amparo frente a particulares, debe significar el desconocimiento de otras vías o el agotamiento de los recursos internos disponibles para hacer efectivos los derechos. Por ende, se debe tratar de evitar experimentos desafortunados, tal y como ha sucedido en otras latitudes. En Colombia, por ejemplo, «la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales tanto el amparo como la queja constitucional han terminado por convertirse en un recurso de instancia, con base en la cual los tribunales constitucionales revisan, en la extensión y con los alcances que ellos mismos decidan, las sentencias proferidas por los jueces ordinarios»[58].

Otro de los puntos clave de este importante cambio legislativo es la coexistencia del principio de la relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocida como fórmula otero, con la figura de «declaratoria general de inconstitucionalidad», la cual permite la declaración general de inconstitucionalidad, si se cumple el supuesto de tres sentencias que establezcan la inconstitucionalidad de una norma general y siempre y cuando concurra una votación calificada de ocho votos. Esto viene a reforzar los principios de supremacía constitucional, regularidad constitucional y principio de igualdad. No obstante, dicha declaratoria no es aplicable en materia tributaria, tal y como ya lo había establecido el legislador, en el artículo 107, fracción II, último párrafo, de la CPEUM.

Uno de los puntos más controversiales y debatidos por los académicos ha sido la cuestión de la suspensión del acto reclamado. 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. Lo anterior, 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, son beneficiadas del otorgamiento de las suspensiones del acto reclamado. Las cuales, de acuerdo a la denominada apariencia del buen derecho, permitían su funcionamiento, casi de manera automática.

57. *Dictamen*, p. 21.

58. JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 302.

Sin embargo, la nueva Ley de Amparo buscaba no otorgar la suspensión del acto de autoridad contra el que se interpone el amparo, cuando se afecte de manera significativa el interés público. Sin embargo, lo que pretendía era otorgar mayores elementos al juez, para que, en el caso concreto, pueda ponderar adecuadamente entre el interés privado y el interés público. Esto sin duda, constituye 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. No obstante, esta reforma, exige la preparación de los jueces en materia de ponderación y conocimiento de principios constitucionales. Al respecto, la teoría contemporánea de la proporcionalidad, brinda muy buenos elementos que permiten al operador jurídico, evaluar a partir de parámetros de intensidad, rapidez, magnitud, celeridad, cálculo, intensidad, probabilidad, cada una de las situaciones presentes en los principios en conflicto, y así, lograr mejores ponderaciones[59]. Otro aspecto trascendental en la *Ley*, es la formulación de jurisprudencia. En este aspecto, refirió el legislador:

> La construcción actual de los criterios jurisprudenciales está conformada por un extracto de los considerandos de una sentencia. Al no ser publicada la sentencia de forma íntegra, ni hacer mención en la jurisprudencia de los hechos o elementos del caso, el sentido e interpretación de la misma se oscurece, dificulta o distorsiona[60].

Por tal motivo, propone en el artículo 218, los nuevos elementos en la formulación de tesis (que coinciden de alguna forma con lo que ha venido haciendo el Poder Judicial de la Federación en los últimos años). a) el título que identifique el tema que se aborda; b) el subtítulo que señale de forma sintética el criterio que se sustenta; c) las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido ese criterio; d) la identificación de la norma, en caso de que el criterios e refiera a la interpretación de la misma; e) los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la emitió y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con la postura sostenida en la tesis[61].

59. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. SIECKMANN, Jan-R (Ed.), *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la Teoría Jurídica De Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011. SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

60. *Dictamen*, p. 39.

61. Sin duda, esta reforma recoge interesantes planteamientos realizados desde la academia años atrás. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67.

La idea fundamental con esta nueva concepción, es transitar de manera paulatina a un sistema de precedentes, más flexible y dinámico, proponiendo una solución intermedia entre el sistema de precedentes en los Tribunales Constitucionales y el modelo actual. Por último, una de las críticas de parte de alguna bancada se suscitó en aquel supuesto de la suspensión del acto reclamado cuando afecte la libertad personal del quejoso, y el mismo se encuentre a disposición del Ministerio Público, la suspensión podrá surtir efectos de inmediato para que sea puesto en libertad en un plazo de 48 horas, o en 96, cuando se trate de delincuencia organizada[62].

Explicado lo anterior, en el siguiente apartado se realizará un análisis sobre la ausencia de pautas interpretativas en el sistema constitucional mexicano, con el propósito de dilucidar la concepción que tenía el juez constitucional mexicano durante el siglo XX en torno a la interpretación de la ley, así como el tardío desarrollo de una metodología sobre la interpretación de las normas constitucionales, así como el impacto que tuvo esto en la construcción de un modelo de derechos humanos en México.

2.4. La ausencia de pautas interpretativas en el sistema jurídico mexicano durante el modelo de garantías constitucionales del siglo XX

La interpretación jurídica de las normas en México puede ser calificada de asistemática e inconstante. Las leyes distan mucho de ser

62. En la discusión en lo particular, el senador Fidel Demédicis Hidalgo propuso modificar el artículo 165 para establecer que cuando se afecte la libertad personal del quejoso y éste se encuentre a disposición del Ministerio Público, la suspensión contra esa medida se podrá conceder «inmediatamente» y no en un plazo de 48 horas como plantea la colegisladora. «... desde mi punto de vista, el Senado de la República defiende los derechos humanos, defiende la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, y en congruencia propone la redacción del 165 de la citada ley; defiende la presunción de inocencia; defiende el derecho, el interés legítimo ... ¿Qué puede pasar en un plazo de 48 horas? Cuando el juez ha otorgado ya la suspensión y el ministerio público va a determinar si lo deja o no en libertad al afectado en 48 horas. ... El ministerio público en este país está acusado en todos lados de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, y no es extraño que la policía judicial, en un afán de arrancar una confesión para vincular, lleguen a la tortura, y en el peor de los casos a las desapariciones forzadas. El Senado de la República no puede, no debe dejar en estado de indefensión a los ciudadanos de este país, es una incongruencia lo que aquí se está planteando en este artículo... ¿Cuando la Organización de las Naciones Unidas, conozca el artículo 165 de nuestra Ley de Amparo dará su aval?». Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores, celebrada el miércoles 20 de marzo de 2013. LXII Legislatura.

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[63]. 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 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[64].

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»[65]. 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»[66]. Otro de los factores que inciden en este fenómeno, ha sido el monopolio interpretativo que detenta el Poder Judicial de la Federación hasta el año 2011.

Históricamente uno de los criterios que ha limitado la labor de los operadores jurídicos en México ha sido la interpretación auténtica de las

63. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, «La interpretación jurídica en México», en *Iconomía*, núm. 5, México, Octubre 1996, pp. 65-76.
64. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, «La interpretación jurídica en México», en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (comp.) *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 239.
65. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, «La interpretación jurídica en México», en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (comp.), *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 250.
66. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, «La interpretación jurídica en México», *op. cit.*, pp. 239 y 254.

normas, la cual es una herencia del artículo constitucional 72, inciso f)[67], 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 esta 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[68].

De lo anterior, se puede advertir la escasa construcción de una dogmática jurisprudencial en torno a la interpretación de las normas jurídicas. Esta 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 solo 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»[69]. 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

67. 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».
68. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia*, *op. cit.*
69. 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.

los primeros que aparece es el gramatical[70], 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[71]. 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 exclusión»[72]. Posteriormente, el 12 de febrero de 1934, la Primera Sala de la SCJN, reconoce como «elementos» de interpretación de la ley los siguientes[73].

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[74]. 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[75].

70. INTERPRETACION DE LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación* Localización: Tomo XIV Materia(s): Común, p. 1458.
71. INTERPRETACION DE LA LEY. *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Tesis Aislada, quinta época, pleno, XVI, pág. 1133.
72. LEYES, INTERPRETACION DE LAS. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIX, p. 18.
73. 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.
74. INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192.
75. 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.

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[76]. Asimismo, se adicionaría la presunción de constitucionalidad de las leyes, en relación a la interpretación de las leyes ordinarias.

LEYES ORDINARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS[77]. 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[78]. 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, solo 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 este; 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»[79].

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 reconocería la interpretación analógica, ya prevista por el artículo 14 constitucional como criterio interpretativo, en

76. 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.
77. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVI, p. 706.
78. LEYES, INTERPRETACION DE LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LIX, 2a. Sala; S.J.F., p. 2889.
79. LEYES, INTERPRETACION DE LAS. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIV, p. 1451. 23 de abril de 1940. LEY INTERPRETACION DE LA. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXI, p. 2244.

aquellos casos «cuando existe relación o semejanza entre casos expresados en alguna ley y otros que se han omitido en ella»[80]. En este mismo sentido, se encuentra la inducción como mecanismo para concretar la ley a los casos en específico[81]. 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»[82].

a) a la fuente «auténtica», que es aquella 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 aquella, 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.

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 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

80. INTERPRETACION ANALOGICA DE LA LEY. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXV, p. 3690. 23 septiembre de 1940.
81. INTERPRETACION DE LAS LEYES. [TA] 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXIX, p. 5084. 8 de marzo de 1944.
82. INTERPRETACION DE LA LEY, REGLAS DE LA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo XCVIII, p. 2038. 23 de Agosto de 1948.

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 irremediablemente 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[83].

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[84]. Durante esta misma década de los '50 se retrocedió sustancialmente en los criterios, cuando se determinó que la interpretación «correcta» era la teleológica[85], y años más tarde se exponía que «el legislador no expresa en sus dispositivos legales palabras inútiles o redundantes»[86], 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»[87], 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 este como derecho fundamental[88].

Asimismo, se determinaron las reglas interpretativas de las resoluciones civiles cuando las normas fueran «oscuras», pero sin esclarecer

83. INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 984.
84. INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI, p. 1355.
85. INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXIII, p. 666. Primera Sala (8 de junio de 1953).
86. INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 839. Segunda Sala (28 de julio de 1955).
87. INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Sala Auxiliar (24 de agosto de 1955).
88. INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Cuarta Sala (5 de octubre de 1955).

ni precisar los parámetros de esa «oscuridad» y «ambigüedad»[89], previniendo al juez para no contradecir las leyes a través de la jurisprudencia[90]. 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»[91], es decir, era una interpretación de la misma y no una ley ni en sentido formal como material[92].

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 gramatical o auténtica, los «métodos» gramatical, lógico, sistemático o histórico[93]. 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[94]. 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 este último autor, de que se trataban de elementos obligatorios y no de métodos optativos como lo estableció de manera errónea la jurisprudencia mexicana[95].

> 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

89. LEY, INTERPRETACION DE LA, EN LAS SENTENCIAS. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXVIII, p. 231. (20 de abril de 1956).
90. INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXXII, p. 263. Cuarta Sala (6 de mayo de 1957).
91. INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLIX, segunda parte, p. 58. Primera Sala (24 de julio de 1961).
92. 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).
93. 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).
94. INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192.
95. SAVIGNY, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [traducción: M. Ch. Guenoux], [vertido al castellano: Jacinto Mesía y Manuel Poley], [prólogo: Manuel Durán y Bas], F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.

> 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 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[96].

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 solo 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»[97].

Siguiendo lo anterior, las técnicas de la interpretación jurídica son determinantes y necesarias hasta cierto punto en el ámbito constitucional,

96. 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).
97. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011, p. 59.

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*.

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»[98]. 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»[99], 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[100] de una norma presupone

98. 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*, núm. 4, 1987, pp. 87-117.

99. *Ibid.*, p. 33.

100. 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. Pero además de ser el instrumento principal de la articulación del discurso jurídico racional, en el contexto de una ontología cumple como función

la previa identificación de su llamada ratio, es decir, de la razón o motivo, el objetivo por el que fue dispuesta la norma»[101].

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[102]. 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[103]. 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*[104]. En este sentido, pienso que difiere con la propuesta de la jurisprudencia mexicana, ya que esta tiene como objeto de estudio 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

específica la tarea de integración y autorreproducción 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.

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

102. GUASTINI, Ricardo, «Técnicas interpretativas», *op. cit.*, p. 39.

103. GUASTINI, Ricardo, «Técnicas interpretativas», *op. cit.*, p. 40.

104. GUASTINI, Ricardo, «Técnicas interpretativas», *op. cit.*, pp. 50-51.

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[105].

> INTERPRETACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. El exacto cumplimiento de la Constitución solo 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, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no solo 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 criterio expuesto 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

105. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 419.

posteriores reducen el aspecto interpretativo a cuestiones meramente gramaticales en relación al «método sistemático», volviendo a convertir la interpretación jurídica a técnica judicial[106], y volviendo a reiterar los métodos que antes habían establecido para la interpretación judicial[107].

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[108]. 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 en el propio texto constitucional, y de esta forma, cumplir con los fines de la interpretación «genético-teleológica»[109].

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»[110]. 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

106. INTERPRETACION GRAMATICAL DE LAS LEYES. DEBE REALIZARSE EN RELACION CON EL METODO SISTEMATICO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 420.

107. INTERPRETACION 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.

108. JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL. INTERPRETACION DE LA LEY CON EFECTOS EXTENSIVOS Y DE EXCEPCION. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Junio de 1996, p. 863.

109. 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.

110. 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.

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»[111]. Posteriormente, y hasta la Décima Época, se ha determinado las directrices de aplicación en sentido amplio y estricto, los cuales han quedado explicitados en la última parte del capítulo anterior[112].

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, realzando 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

111. 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.

112. 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.

aplicación de una cierta norma[113]. Por consiguiente el razonamiento judicial en una resolución se debe componer tanto en la motivación en derecho y como en hechos[114].

Asimismo, considero que debe ser entendida como un fenómeno social, ya que esta «no solo 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»[115]. 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[116].

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»[117]. 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

113. GUASTINI, Ricardo, «La interpretación: objetos, conceptos y teorías», (trad. Miguel Carbonell) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 20.

114. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999, p. 71.

115. AARNIO, Aulis, «Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica», en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000, p. 27.

116. 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.

117. GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, *op. cit.*, p. 360.

textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación.

La hermenéutica no es una deducción en el sentido exacto de la palabra. Es aquí donde aquella ofrece su apoyo más interesante para la interpretación en la dogmática jurídica[118]. 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[119]. 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»[120]. En este sentido, el objeto del diálogo será conocer el horizonte 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

118. AARNIO, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 114.

119. GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68. c.

120. GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, *op. cit*, p. 372 y ss.

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)[121].

Siguiendo este hilo conductor, el propósito fundamental de la interpretación constitucional es la concretización 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»[122] De acuerdo a ello, la concretización 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.

> «... 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, solo 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»[123].

121. AARNIO, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 114.

122. «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 López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

123. MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 25.

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.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO DEL SIGLO XXI

La décima época de la Suprema Corte mexicana inició en el año de 2011, posterior a la reforma constitucional de derechos humanos y la resolución de caso Radilla. Este periodo se ha caracterizado por la interpretación y defensa constitucional de los derechos a partir de nuevas directrices y pautas hermenéuticas y argumentativas que antes no eran comunes en la jurisprudencia mexicana. Esta reconfiguración, a diferencia de los modelos decimonónicos y garantistas del siglo XX, se diferencia significativamente en la dotación de contenido esencial a los derechos, a partir de la adopción de los propios derechos como el parámetro de control de regularidad constitucional.

Para explicitar esta reconfiguración del modelo se hará un análisis de dicha reforma, a la luz de las cláusulas de apertura que tienen las Constituciones contemporáneas, en este caso, se trata de la Constitución española y el modelo de control comunitario inexistente en Europa, y que a diferencia de la Corte Interamericana, ha tenido un desarrollo prolífico en Latinoamérica, especialmente en el sistema de jurisdicción constitucional mexicana, a tal grado que ha sido incorporado como parte de dicho parámetro de control de regularidad constitucional. Acto seguido se realizará el estudio sobre dicha cláusula de apertura de los derechos humanos en el sistema constitucional mexicano a la luz del modelo español e interamericano. El control de convencionalidad es una herramienta que forma parte

de la interpretación correctora o adecuadora, cuyo propósito consiste en adecuar el significado de las normas con la Constitución e instrumentos internacionales. La exigencia de este método para los jueces constitucionales es mucha, ya que la optimización de principios que favorezcan a la persona humana es altamente compleja, dadas las circunstancias y confección de los enunciados normativos elaborados en base a reglas que contiene en muchas ocasiones la Constitución mexicana.

En este sentido, se explicará al final de este epígrafe el proceso de concreción que ha adoptado la jurisdicción constitucional mexicana para determinar o asignar significado a los derechos humanos a partir de la adopción del modelo principialista y ponderativo de bienes constitucionales en conflicto, siguiendo la teoría de contenido esencial e institucional de los derechos.

1. INTRODUCCIÓN: LA RECONFIGURACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO A PARTIR 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 de ese 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 esta 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, se declaró 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. Lo anterior implica 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[124].

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

> ... 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).
>
> ... 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.
>
> ...
>
> 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 solo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad[125].

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 estos no queden en letra muerta, sino

124. 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.

125. DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Registro núm. 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.).

que existan los instrumentos para volverlos efectivos, mediante una adecuada y pertinente técnica de la interpretación y argumentación judicial.

Una de las principales cualidades de esta reforma constitucional es el reconocimiento de los derechos humanos consagrados en el plano internacional, los cuales formarán parte del orden jurídico interno (constitucionalización). En tal sentido, la cláusula de apertura recién inaugurada por el legislador mexicano en la Constitución, permite lograr una mejor concreción de los Derechos Fundamentales, ya que el ejercicio transversal de interpretación por parte del operador de la norma, permitirá retroalimentar de experiencias locales, y a su vez, el derecho internacional de los derechos humanos, brindará interesantes cánones interpretativos.

2. LA APERTURA E INCORPORACIÓN 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»[126]. 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[127].

> La modificación que se propone al artículo 1.° obedece a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de

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

127. 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.

> 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 será excesivo.

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)[128]. 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 solo 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 ello, 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

128. 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.

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 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.

Existen en el sistema jurídico internacional ciertos principios básicos para la interpretación y argumentación cuando se trata de derechos fundamentales[129]. El primer principio se denomina *pro homine*, este 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 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

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

humanos[130], 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 solo 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 1° 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.
>
> 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[131].

130. 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.

131. 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, núm. 115, Viernes 9 de abril de 2010, p. 19.

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.

La CPEUM contiene dos parámetros de interpretación conforme: la Constitución y los Tratados Internacionales, mientras que la CE solo 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 sinfín 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.

2.1. 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[132], 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 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[133].

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[134].

132. 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. III, pp. 1939-1950. F. SEGADO FERNÁNDEZ, El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1995.

133. 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.

134. 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 este 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[135].

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 solo 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»[136].

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 estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento

135. N. P. SAGÜES, «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 Ius Constitucionale 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.

136. 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.

constitucional»[137]. 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[138].

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 parámetros fijados por los tribunales europeos supremos[...]»[139], 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

137. 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.

138. 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.

139. 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.

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, 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 de convencionalidad[140]. 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 solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos 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[141].

140. 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, núm. 26, Puebla, 2011, p. 126.

141. 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.

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 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[142].

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 Loor 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.

142. 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 inconvencionalidad[143]. 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.

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

143. 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.

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[144].

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[145].

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-Gregor[146], 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

144. Expediente Varios 912/2010. Párr. 32.

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

146. 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 F. SALAZAR UGARTE, UNAM-IIJ, México, 2011, pp. 339-429.

internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un «bloque de convencionalidad»...[147]

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 aquellas 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...»

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[148].

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 constitucionales[149], en materia del ejercicio

147. 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.

148. S. GARCÍA RAMÍREZ, «El control judicial interno de convencionalidad», *op. cit.*, p. 152.

149. 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)

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. Asimismo, evitar criterios fragmentarios y dispersos, que generen incertidumbre y caos en la generación de jurisprudencia.

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[150]. 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 interno[151], 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 este vaya en contra de algún Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos[152], 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

con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 26 de Octubre de 2011.

150. 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.

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

152. 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).

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 este se pronuncie sobre lo que había dejado de considerar en su fallo, al declararse no competente de conocer las violaciones relativas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos[153]. Por otra parte, existen también otros pronunciamientos de relevante interés en la aplicación de las normas de derecho internacional[154].

2.2. 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[155], 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 reticencias para retroceder en la materia, específicamente en la adopción de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos[156].

153. 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.

154. 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.

155. 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.

156. 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 1.° de la Constitución

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 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, solo procede cuando el inculpado 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.

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.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO A PARTIR DEL CRITERIO MATERIAL: LA DIGNIDAD HUMANA COMO CONTENIDO ESENCIAL

En el presente epígrafe se explicará el principio de dignidad de la persona humana a partir de la teoría objetiva del orden de valores, así como el pensamiento iusfilosófico y de teoría política, seguido de la jurisprudencia comparada, tomando como referencia la alemana y española, ya que actualmente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad como valor constitucional se ha convertido en el principal referente a partir del cual se amplía el contenido esencial de los derechos. Posteriormente se desarrollará a partir de esta visión comparada el desarrollo que ha tenido en el sistema jurídico mexicano.

El estudio sobre el origen y desarrollo de la dignidad en la jurisprudencia mexicana lo haré en la tercera sección del presente estudio. En el país germano existe una prolija y abundante jurisprudencia que desarrolla la imagen de la persona humana a partir de la comprensión del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en la última parte de este capítulo, expondré esta idea a manera de propuesta que podría desarrollarse en la jurisprudencia mexicana.

La teoría del orden objetivo de valores, de acuerdo al criterio material de asignación de contenido esencial de los derechos fundamentales, fue desarrollada por primera vez por Rudolf Smend, tal y como quedó explicitado en la primera parte de la presente investigación. Uno de los criterios materiales más importantes para asignar contenido esencial en la jurisprudencia alemana y las ideas de DÜRIG, es aquella que identifica el contenido esencial de los derechos con la dignidad de la persona humana.

No cabe duda que el sentido que se le otorga a la dignidad de la persona humana es uno de los más polisémicos, complejos y heterogéneos que existen en la filosofía política, la antropología, la ética, pero sobre todo, en la ciencia jurídica. Desde la óptica historiográfica, el reconocimiento de las personas como seres autónomos, libres y con plena titularidad de derechos, es una idea que inspira a la mayor parte de las Constituciones modernas[157]. Sin embargo, el pleno reconocimiento universal de todos los

157. DONNELLY, J., «Human Dignity and Human Rights» en *Universal Human Rights in the Theory and Practice*, Cornell University, Princeton, 2013, pp. 120-160; BENDA, Ernst, «The protection of human dignity (article 1 of the basic law)», en AA. VV. *Fifty years of German Basic Law the new departure for Germany*, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, Washington, 1999, pp. 35-46; PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana*

seres humanos por igual, ha sido un proceso lento y complejo, repleto de incertidumbres y claroscuros en la historia de la familia humana. Tal y como acertadamente expresa el filósofo Hans Jonás sobre su tesis denominada heurística del temor, se puede afirmar:

> Solamente la prevista desfiguración del hombre nos ayuda a forjarnos la idea de que –el hombre– ha de ser preservado de la desfiguración: y necesitamos que ese concepto se vea amenazado con formas muy concretas de amenaza para, ante el espanto que tal cosa nos produce, afianzar una imagen verdadera del hombre[158].

Este constante temor de ser humillados es lo que nos vuelve más precavidos y atentos hacia cualquier clase de vejación o desprecio. No solo la experiencia brutal y horrenda del holocausto nos ha marcado como especie para garantizar desde el derecho internacional[159], un estándar mínimo ético de derechos y garantías como la Declaración Universal de Derechos Humanos; a pesar de ello, los terribles acontecimientos posteriores en Camboya (1975-1979), Guatemala (80's), Bosnia (1992-1995), Ruanda (1994), Perú (80'-2000), han marcado también esta triste experiencia de deshumanización y exterminio, irónicamente, en nombre de la mejora racial, genética, e incluso hasta ética[160].

El profesor Milton Lewis apunta cómo las visiones del mundo han modificado paulatinamente determinadas normas, por ejemplo, la esclavitud, que se consideró permitida, e incluso percibida como un signo de honor entre los dueños de los esclavos, «hasta que finalmente fue considerada una conducta inmoral, degradante, humillante y prohibida por las autoridades y el derecho internacional»[161]. Aún en pleno siglo XXI persisten prácticas como la tortura, la violación como táctica militar, la trata de personas, la exclusión social, la pobreza extrema, la explotación laboral, el

en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Bosch Editor, Barcelona, 2009; CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo, *El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

158. JONÁS, Hans, *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para una civilización tecnológica)*, Herder, Barcelona 1995, p. 65.

159. «El derecho internacional, como todas las formas el derecho, es una práctica normativa en la cual los valores se orientan en torno al respecto y protección de ciertos derechos asociados con la dignidad de la persona humana». CAPPS, Patrick, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, p. 273.

160. GLOVER, Jonathan, *Humanity (A Moral History of the Twentieth Century)*, Yale University Press, New Haven, 2001, p. 207.

161. «A Brief History of Human Dignity: Idea and Application», en *Perspectives on Human Dignity: A Conversation* (Lickiss, Norelle y Malpas Jeff Eds.), Springer, Países Bajos, 2007, p. 93.

trabajo forzado que también son claros ejemplos de degradación. En este contexto, el concepto de dignidad esta aparejado con el de «no humillación» en sus distintas manifestaciones: directa o sutil, individual o grupal, simbólica o representativa[162].

En este contexto, la dignidad de la persona tiene por objeto la no humillación y el reconocimiento del ser humano como tal. Es decir, el valor de las personas por el solo hecho de serlos, esta dignidad intrínseca, misma que no es otorgada por un estatus social, talentos o poderes, sino por el simple hecho de pertenecer a la especie humana[163]. Por ello, coincido con la definición en sentido amplio que brindan algunos autores, como «entendimiento particular de cada cultura de la valía moral intrínseca a la persona humana y de sus propias relaciones políticas con la sociedad»[164].

3.1. Sentido (s) y significado (s) de la dignidad humana desde la hermenéutica constitucional

El estudio de la dignidad de la persona humana adquiere significado a partir del empleo de la metodología hermenéutica[165]. Este esquema holístico iniciado por Schleiermacher[166], continuado por su discípulo Dilthey como un proceso de reconstrucción de las objetivaciones históricas[167]; seguido en el siglo XX por Heidegger como proceso de intelección[168], y recuperado en la época moderna por Gadamer, como fusión de horizontes y mediación entre la historia efectual[169], servirán para comprender la

162. NEUHÄUSER, Christian, «Humiliation: The Collective Dimension», en Kaufmann, Paulus, Kuch Hannes, *et. al.* (Eds.), *Humiliation, Degradation, Dehumanization (Human Dignity Violated)*, Library of Ethics and Applied Philosophy, Vol. 24, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 21-36.

163. SULMASY, Daniel P., «Human Dignity and Human Worth» en *Perspectives on Human Dignity: ..., op. cit.*, pp. 9-18; D. KRETZMER and E. KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague-Kluwer Law International, Londres, 2002, pp. 9-17.

164. HOWARD, R., «Dignity, Community, and Human Rights», en An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Request for Consensus*, Philadelphia, PA-University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1992, p. 83.

165. LEBECH, Mette, *On the problem of human dignity: a hermeneutical and phenomenological investigation*, Könighausen & Neumann, Wurzburg, 2009, p. 120.

166. SCHLEIERMACHER, F., *Hermeneutics and Criticism and Other Writings*, trad. y ed. Andrew Bowie, Cambridge University Press, Edinburg, 1998, p. 248.

167. DILTHEY, W., *Dos escritos sobre hermenéutica: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*, Istmo, Madrid, 2000, p. 67.

168. HEIDEGGER, M., *Being and time*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, p. 128.

169. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito) Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, p. 360; *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68.

evolución que ha tenido la dignidad a lo largo de las distintas épocas históricas, y así, poder dar sentido a uno de los valores más polisémicos por su dimensión espiritual, ética, filosófica, jurídica y hasta antropológica.

A lo largo de la historia, las personas han necesitado del reconocimiento del otro para formar su identidad. En este contexto, uno de los principales exponentes del multiculturalismo ha desarrollado la tesis sobre la política del reconocimiento. Esta idea consiste en la formación de nuestra propia identidad «a partir del reconocimiento de los otros, o por falta de este, a menudo también, por el falso reconocimiento de otros»[170], sufriendo, cuando sucede, la diferencia, discriminación y rechazo de la propia ciudadanía, como ejemplos históricos, se encuentra la segregación racial en los Estados Unidos de Norteamérica o la discriminación en contra de los homosexuales.

De esta manera, la identidad es algo que se construye como una experiencia compartida, mediante una red de relaciones humanas, tal y como explica la filósofa HANNAH ARENDT. Por consiguiente, la dignidad humana se encuentra condicionada a la posibilidad de aparecer ante otros y de ser reconocidos como seres únicos y singulares, mediante el habla y la actuación[171]. Así, «el respeto por la dignidad humana implica el reconocimiento de mis semejantes o de las naciones semejantes a la mía, como súbditos, como constructores de mundos o como codificadores de un mundo común»[172].

La idea de reconocimiento es un elemento común en el proceso de comprensión sobre la singularidad y pluralidad del sujeto. Fichte fue uno de los primeros en introducir la idea del reconocimiento mutuo, en torno a la construcción de la singularidad[173]. Asimismo, Hegel implantó

170. TAYLOR, Ch., «La política del reconocimiento» en El multiculturalismo y «la política del reconocimiento», (textos introductorios de Amy Gutmann, comentarios de Susan Wolf, Steven c. Rockefeller y Michael Walzer) (Ensayos de Jürgen Habermas y K. Anthony Appiah), FCE, México, 2009, p. 68; *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de A. Lizón, Paidós, Barcelona, 1996.

171. ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 203 y ss; *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1997; Jeffrey C., Isaac, «A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights», en *The American Political Science Review*, Vol. 90, núm. 1, Marzo, Washington, 1996, pp. 61-73.

172. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998, p. 367.

173. GOTTLIEB FICHTE, Johann, Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 34, § 18 y 19; del mismo autor: Ética o El sistema de la doctrina de las costumbres según los principios de la Doctrina de la Ciencia, Akal, Madrid, 2005, p. 310; KINLAW, C. Jeffery, «Practical Rationality and Natural Right: Fichte and Hegel on Self-Conception within a Relation of Natural Right», en *Breazeale, Daniel and Rockmore*, Tom

más adelante la idea del reconocimiento intersubjetivo como condición de realización de la integridad, dignidad y libertad[174]. Por consiguiente, reconocimiento e identidad son dos elementos indispensables para comprender el sentido y el significado asignado a la persona y a la dignidad de la misma.

Tal y como afirma Peces-Barba, «la dignidad humana es un horizonte, un deber ser que se puede realizar en el dinamismo de la vida humana, siempre limitadamente, siempre condicionado históricamente y temporalmente en el plazo de nuestra existencia»[175]. Luego, es posible reconstruir la dignidad humana a partir de varias tradiciones que sintetizaré a continuación.

La idea de la Dignidad Humana					
	Tradiciones				
	Época Clásica	Época medieval	Renacimiento	Ilustración	Modernidad
Proceso de retroalimentación entre las tradiciones	→	→ ← Retroceso	→	→	→
Idea	Autonomía impuesta siguiendo pautas morales y sociales	Imagen de Dios	El hombre como «milagro»	Ser autónomo	Persona Humana (universalidad)
Concepción antropológica	Ser político Ciudadano del mundo	Naturaleza humana mala	Naturaleza humana buena	Naturaleza humana corruptible	Concepción antropológica abierta, plural e inclusiva

Elaboración propia.

(Eds.) Fichte, German Idealism, and Early Romanticism, Fichte-Studien-Supplementa, Sociedad Internacional, Johann-Gottlieb-Fichte, vol. 24, Países Bajos, 2010, pp. 207-226.

174. HEGEL, G. W., *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1966, p. 373.

175. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2004, p. 49.

La dignidad humana tiene sus orígenes en el pensamiento clásico, principalmente en las ideas del estoicismo, quienes formulan la idea de humanidad. Existen cuatro elementos indispensables que se trasladan a la modernidad para entender este concepto: «el Cuidado de sí», el «Sapere aude», el «Carpe diem» y la noción de «Ciudadano del mundo»[176]. La mayor parte de estas categorías serán recuperadas en la modernidad para reconstruir la figura de la dignidad.

Para los filósofos pertenecientes al periodo socrático, la idea de dignidad humana se encuentra íntimamente relacionada con la concepción antropocéntrica del ser humano. Para Platón, la dignidad debe ser conseguida mediante el conocimiento verdadero, para ello, es necesario el dominio de nosotros mismos a través de las virtudes, como enseñaba su maestro Sócrates[177]. Posteriormente, el autor de *La República* expone que el individuo debe producir por sí mismo el saber y la virtud como conocimiento (sabiduría, valentía, templanza y justicia), e igualmente rechaza la democracia ateniense, demostrando su apego por un modelo de jerarquía de las naturalezas humanas[178]. En este contexto, el modelo educativo griego se basaba en la formación espiritual y técnica de las cualidades morales o virtudes, pero desde una especia de nobleza o élite, excluyendo a esclavos y demás estratos sociales[179].

Por otra parte, Aristóteles defiende una visión antropocéntrica del hombre destinado a luchar para establecerse en el mundo, incluso, sin importarle que la naturaleza humana sea viciada o no, pugnando así por encontrar un método para alcanzar mejor su esencia[180], en tal sentido, las virtudes éticas (valentía, moderación, mansedumbre, magnificencia) son necesarias para dominar la parte irracional del hombre, mismas que son adquiridas a través de la costumbre o el hábito[181].

176. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Introducción», en PELE, Antonio *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2010, p. 21.

177. PLATÓN, Diálogos II (Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo), Gredos, Madrid, 1987, p. 275; HEGEL, G. W. F., Lecciones sobre historia de la filosofía, Tomo II, FCE, México, 2002, p. 41; KOYRÉ, Alexandre, Introducción a la lectura de Platón, Alianza Editorial, Madrid, 1966, p. 23.

178. PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico...*, *op. cit.*, p. 78; HEGEL, G. W. F., Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal (Edición abreviada que contiene: Introducción general y especial-mundo griego y romano), trad. José Gaos, Tecnos, Madrid, 2005, p. 420 y ss.

179. JAEGER, Werner, *La Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1996, p. 21.

180. PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico...*, *op. cit.*, p. 205.

181. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, Libro VI, *op. cit.*, 1228b, p. 467 y ss.

Cicerón, Séneca y Marco Aurelio estuvieron fuertemente influenciados por el estoicismo griego; en la obra de Cicerón, existen varias citas de la obra *Obligaciones del hombre*, del filósofo Panecio de Rodas (estoicismo medio), quien a su vez había fusionado el pensamiento socrático, por tal motivo, las virtudes defendidas por esta corriente filosófica se referían a las cuatro partes de la honestidad: justicia, sabiduría, fortaleza y templanza[182]. Igualmente, en este periodo podemos encontrar una gran riqueza en la estimulación de la idea de autonomía individual y voluntad humana[183].

Uno de los estudios más completos sobre las virtudes del hombre en relación al Estado, se encuentra en el famoso *De officiis* (*Sobre los deberes*, o *De oficios*) de Cicerón, esta es una de las obras más representativas y de contenido filosófico profundo dirigidas al ámbito de la función pública[184]. En ella están plasmadas las cualidades del hombre: prudencia, justicia y fortaleza. Dicho lo anterior, la filosofía griega, así como su difusión por los pensadores romanos como Cicerón, sirvió para desarrollar las virtudes como parte fundamental de la *civitas* en la República de Roma, derivado de la idea de *Polis* griega, el ser humano pasaba de ser un animal político a un animal social[185].

La idea de *humanitas* de Cicerón sigue tres direcciones: «la primera, como antropología, es relativa a la consideración del hombre como ser racional, social y miembro de la ciudad. La segunda se refiere a una cultura específica que se nutre de la influencia griega. La tercera, por fin, se dedica a la benevolencia»[186]. Asimismo, el filósofo romano identifica a la piedad y clemencia como virtudes a quienes se encargan de administrar justicia[187]. Por último, Séneca aporta una defensa de la interioridad del ser humano como defensa a la dignidad del individuo. En síntesis, en la antigüedad prevalecerá una idea de dignidad impuesta sobre el cumplimiento

182. DARAKI, María y ROMEYER-DHERBEY, Gilbert, *El mundo helenístico: cínicos, estoicos y epicúreos*, Akal ediciones, Madrid, 1996, p. 44; GIL BERA, Eduardo, Pensamiento estoico, Edhasa, Barcelona, 2002, p. 23; CAPELLETI, Ángel J., «Introducción» en *Los estoicos antiguos*, Gredos, Madrid, 1996, p. 18; Cicerón, M. T., *Los deberes y las paradojas de los estoicos*, Iberia, Madrid, 1961; SALLES, Ricardo, *Los estoicos y el problema de la libertad*, UNAM-IIF, México, 2009, p. 58.

183. PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico...*, *op. cit.*, p. 310.

184. CICERÓN, «Los Oficios», en *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón*, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1924, T. IV, Libro Primero, p. 54.

185. SARTORI, Giovanni, *La política*, FCE, México, 2003, p. 204.

186. PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico...*, *op. cit.*, p. 457.

187. CICERÓN, «Sobre los deberes», *op. cit.*, pp. 55-56.

de ciertas pautas morales y sociales; convirtiéndose por consiguiente en una categoría de ciudadanía excluyente y opuesta al valor de igualdad de todos los seres humanos[188].

Con la entrada en la Edad media, la idea de dignidad humana será heterónoma, el pensamiento humanista medieval en autores como San Agustín, Gregorio de Nicea y Tomas de Aquino, quienes fusionarán la concepción antropológica del hombre con Dios, integrándolo en el alma y la razón humana[189]. Aunado a ello, el pensamiento eclesiástico fomentará una visión antropocéntrica pesimista del ser humano, de desprecio hacia la identidad corporal y de su razón, ya que su dignidad se encontrará «derivada de la imagen de Dios, proyectada sobre las criaturas»[190]. Este paradigma sobre la miseria del ser humano se agotará durante la entrada del humanismo renacentista. En este contexto, la *dignitas hominis*.

> Deriva de la excelencia del ser humano que se manifiesta empíricamente en la «admiración» que provoca. Este rasgo pretende romper definitivamente con el pesimismo antropológico. El individuo humano tiene las características del propio Dios, convirtiéndose en un «gran milagro»... La existencia humana no es sinónima de penitencia y de sumisión. El presente y lo inmanente no están absorbidos por lo trascendente y lo divino. La vida humana es una prolongación de la voluntad divina, y la actividad racional, técnica y moral del ser humano participa de esta misma voluntad superior[191].

En esta época, aparecerán pensadores de la talla de Giovanni Pico della Mirandola, quien en su más importante obra, construirá un concepto de dignidad a partir de la libertad autocreadora del hombre[192]. Por su parte, Giordano Bruno desarrollará una idea de autonomía individual, libre de los dogmas religiosos[193]. Asimismo, aparecerán en escena dos pensadores claves para la construcción de una idea de dignidad

188. PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico...*, *op. cit.*, p. 703.
189. PELE, Antonio, «Modelos de la dignidad del ser humano en la edad media», en *Derechos y Libertades*, núm. 21, Época II, junio 2009, pp. 149-185.
190. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, *op. cit.*, p. 27.
191. PELE, Antonio, *El discurso de la Dignitas Hominis en el humanismo del renacimiento*, Colección Cuadernos «Bartolomé de las Casas», N.º 55, Dykinson, Madrid, 2012, p. 48.
192. *Discurso Sobre la Dignidad del Hombre*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 14.
193. BRUNO, Giordano, *Sobre el infinito universo y los mundos (Iniciación filosófica)*, Aguilar, Buenos Aires, 1981, p. 26.

en los pueblos de América, se trata de Montaigne y Bartolomé de las Casas, quienes defenderán una idea de igualdad entre los hombres[194]; el primero, a partir de una «humanidad natural secularizada» criticando al «buen salvaje», conquistador del nuevo mundo[195], mientras que el fraile dominico, criticará la idea de la superioridad cultural de los conquistadores[196].

Finalmente, una de las concepciones más reconocidas y empleadas en la tradición jurídica occidental es la idea ilustrada de Kant sobre la dignidad del hombre. El filósofo de Königsberg concibe al derecho como una *obligación universal de todos, de actuar conforme a la libertad de todos según las leyes universales*[197]. En este sentido, elabora el imperativo categórico desde la razón práctica sobre la dignidad de la siguiente manera.

> Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio [...] sujeto de todos los fines es todo ser racional, como un fin en sí mismo...[198]

194. PELE, Antonio, «Montaigne y Las Casas dos defensores de la dignidad humana», en AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Vol. 3, Madrid, 2008, pp. 959-974.
195. Dice el pensador francés: «creo que nada hay de bárbaro ni de salvaje en esas naciones, según lo que se me ha referido; lo que ocurre es que cada cual llama barbarie a lo que es ajeno a sus costumbres. Como no tenemos otro punto de mira para distinguir la verdad y la razón que el ejemplo e idea de las opiniones y usos de país en que vivimos, a nuestro dictamen en él tienen su asiento la perfecta religión, el gobierno más cumplido, el más irreprochable uso de todas las cosas», De Montaigne, Michel, *Ensayos (Libro I)*, París, 1912, p. 159.
196. BEUCHOT, M., *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 32; en igual sentido, puede leerse en Vitoria lo siguiente: «Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares». *Vid.* Vitoria, Francisco, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae*, R. P. Fr. Franciscini Victorae, Emecé Editores, Buenos Aires, 1946, pp. 160-161.
197. KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizárraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 44. Según Kant, el principio universal del derecho consiste en que: «Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 39.
198. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), El Cid Editor, Colección de Clásicos en español, Santa Fe, Argentina, 2003, pp. 75 y 79.

> Únicamente el hombre, y con él toda la criatura racional, es fin en sí mismo. Él es, efectivamente, el sujeto de la ley moral, que es santa, gracias a la autonomía de su libertad[199].

Siguiendo este hilo conductor, con el pensamiento kantiano se cumple el proyecto humanista da la modernidad, la dignidad servirá de vehículo para legitimar los derechos de la personalidad, que tendrá como realización la libertad y la autonomía[200]. El proyecto del filósofo alemán consistirá en otorgar al Estado un papel preponderante: «desarrollar y fomentar el uso público de la razón»[201]. Esta tradición es recuperada por autores como Peces-Barba quien manifiesta.

> Es la dignidad que deriva de «nuestra condición relacional y de esa racionalidad que actúa a través de la ética pública, política y jurídica, para realizar el deber ser de nuestra dignidad desde la autonomía que supone la libertad de elección hasta la autonomía que alcanza la libertad moral, desarrollando nuestra capacidad racional, estética, comunicativa y convivencial»[202].

Otro de los proyectos más ambiciosos de reconstrucción de la dignidad a partir del concepto de autonomía y libertad kantiana es el del iusfilósofo Carlos Santiago Nino. El autor argentino propone una fundamentación de los derechos entendidos desde la valoración de la autonomía de los individuos, esta idea de dignidad de la persona se contrapondrá al principio opuesto al determinismo normativo. En este sentido, el Estado debe abstenerse de intervenir en el actuar en los planes de vida del sujeto, y debe limitarse a *diseñar las instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción*; procurando así el respeto al principio de inviolabilidad de la persona humana, «que proscribe imponer a los hombres contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio»[203].

199. KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), Porrúa, México, 2003, p. 170.
200. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por Peces Barba, M. Gregorio, Fernández García, *et. al.*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 452.
201. PELE, Antonio, «Kant, la ilustración y la domesticación del ser humano», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, núm. 23, 2011, p. 441.
202. PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona...*, p. 68.
203. NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 204; del mismo autor: *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 421.

La idea de respeto a la autonomía individual, fue incorporada a la filosofía del derecho desde la década de los treinta del siglo pasado por iusfilósofos como Stammler y Radbruch[204]. Siguiendo este hilo conductor, se puede afirmar que el concepto de dignidad humana no se agota en la garantía negativa de no interferencia, sino también, a través del libre desarrollo de la persona[205], esto hace referencia a la concepción de libertad negativa y positiva elaborada por el profesor Isaiah Berlin, quien explica la libertad en sentido positivo, como la ausencia de obstáculos que impidan posibles decisiones y actividades, así como de obstrucciones en los caminos por los que un hombre decide andar[206].

En este mismo sentido, Garzón Valdés defiende esta visión positiva a través de una dimensión social como punto de partida «para todas las reglas de convivencia humana que pretendan tener alguna justificación moral», misma que impulsa un mayor desarrollo y consolidación[207]. Así, tras casi doscientos años de desarrollo constitucional, el sociólogo alemán Jürgen Habermas, afirma que es precisamente la dignidad humana «la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto con el derecho positivo y la producción jurídica democrática, de tal manera que de su interacción en circunstancias históricas favorables pudo resultar un orden político basado en los derechos fundamentales»[208].

A pesar de lo expuesto con antelación, la dignidad humana se enfrenta hoy en día ante agudas críticas, tales como la inutilidad, ambigüedad, etnocentrismo, eurocentrismo y antropocentrismo que encierra el mismo concepto[209]. Incluso, existen destacados autores que han tratado de fundamentar la dignidad humana mediante la filosofía personalista, defendiendo la tesis sobre la desacralización de la vida humana, misma que «es susceptible de sufrimiento, pero no en mayor grado que a otros entes

204. 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.
205. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 324.
206. BERLIN, Isaiah, «Dos conceptos sobre libertad» en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, (versión de Julio Bayón), Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 215-280.
207. GARZÓN VALDÉS, E., *Tolerancia, dignidad y democracia*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas. Fondo Editorial, L. Lavado (ed.), Lima, 2006, p. 260; «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?» en *Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2006, pp. 19-20.
208. HABERMAS, Jürgen, «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 111.
209. PELE ILLIE, Antonio, «La dignidad humana: retos actuales», en *Historia de los derechos fundamentales*, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Peces-Barba, Gregorio, *et. al.* (coords.), Vol. 4, Tomo 4: Valores, principios y derechos humanos. 2013, p. 43.

vivos y sensibles»[210], tal y como ha sostenido Peter Singer en reiteradas ocasiones[211].

Ante los distintos sentidos que puede adquirir la dignidad humana en el plano ontológico, ético y teológico, considero imprescindible formular algunas interrogantes desde la hermenéutica jurídica que pueden servir de introducción para el siguiente apartado: ¿Es la dignidad humana una cualidad etérea, difícil de aprehender en su esencia y contenido por el derecho constitucional, debido a la polisemia en significados? ¿Es la dignidad humana realmente el único fundamento primigenio y absoluto de los derechos humanos? ¿Cuál debe ser la imagen de la persona humana en las Constituciones modernas ante la complejidad y pluralidad de sentidos que se le otorga a la dignidad humana desde el plano ético, filosófico y espiritual? ¿Existe algún consenso universal mínimo o esta cuestión debe quedar abierta a dicha pluralidad de interpretaciones ante cada caso concreto?

3.2. La inclusión de la dignidad humana en las Constituciones modernas: la experiencia comparada en Alemania y España

Es extraño que las primeras declaraciones de derechos como la Americana, la francesa, o los documentos ingleses, no contengan alguna referencia o mención a la idea de dignidad de la persona humana, aun cuando esta categoría surge desde la antigüedad y persiste en nuestros días. No obstante, desde la perspectiva historiográfico-constitucional[212] esto se debe a una razón fundamental: se trata del Constitucionalismo liberal, individualista, o estatalista, donde primaba una idea del hombre, de una ciudadanía excluyente, incluso, de Estados que seguían permitiendo abiertamente la segregación racial o la esclavitud, y que irónicamente garantizaban con vehemencia a sus titulares la propiedad como derecho fundamental, incluso el dominio sobre otras personas.

En la mayor parte de los textos constitucionales liberales o ilustrados, se habla del «hombre» como una categoría que va a definir la imagen que proyectan en la sociedad. Quedarían excluidos entonces muchos sectores

210. TORRALBA ROSELLÓ, Francesc, *¿Qué es la dignidad humana? (Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris)*, Herder, Barcelona, 2005.

211. SINGER, P., *Repensar la vida y la muerte (El derrumbe de nuestra ética tradicional)*, Paidós, Barcelona, 1997; Animal liberation, HarperCollinsPub/ishers, Nueva York, 2002.

212. FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 50; *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163.

sociales como las mujeres[213], los niños, los discapacitados, las personas de color, los homosexuales, los marginados, será el constitucionalismo de índole social que vendría a reivindicar a partir de mitades del siglo XX los derechos de estas minorías. Y por supuesto, la dignidad humana será parte del consenso global en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Las Constituciones modernas aspiran a ser normativas[214]. Desde las primeras décadas del siglo XX, autores han explicado la primera categoría como la limitación al Estado y al poder estatal frente al individuo, como garantía de las libertades y como «expresión de un ethos estatal que toma en serio al individuo... en su existencia político como corresponsable y codecisor, sin contemplarlo como un mero objeto de la política»[215]. Esta fuerza normativa de las Constituciones modernas, consiste en la vigencia y aplicación de esos valores que el Constituyente ha decidido plasmar en el texto fundamental como superiores, sin ánimo de ser lírica o poesía constitucional[216].

En este contexto, la aparición por primera vez de la dignidad humana como principio en las Constituciones, lo encontramos en los textos de la posguerra, principalmente en los Estados federales alemanes como Baviera, Bremen, Hesse y Sarre; y a nivel nacional, con la Ley Fundamental de Bonn en 1949[217]. Por supuesto, prosiguieron Estados como Suecia (1975), Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Suiza (1998), cuyos

213. Como muestra de ello, se encuentra Mary Wollstonecraft, quien perdió la cabeza en la guillotina, en Francia, como consecuencia de la publicación de su Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, (trad. de C. Martínez), Cátedra, Valencia, 1996; ESCUDERO ALDAY, Rafael, «Los derechos del hombre y de la mujer en Mary Wollstonecraft», en 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, p. 423.

214. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 263 y ss.

215. KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)*, (Estudio preliminar de Francisco Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005, p. 79.

216. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, colección demos, Ariel (2.ª ed.), Barcelona, 1976, p. 150; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4.ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001; 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.

217. Igualmente, se puede referir como antecedentes previos, a las siguientes constituciones: Weimar (1919, art. 151.1), Irlanda (Preámbulo), Italia (1947, art. 41). Starck,

textos contemplan a la dignidad como base del orden político o dentro de sus catálogos de derechos fundamentales[218].

A nivel internacional, la incorporación de la dignidad inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos[219], seguida por los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[220], la Convención Americana de Derechos Humanos[221], así como la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer[222].

Ahora bien, como aspecto relevante, me gustaría introducir dos textos clave para el análisis comparado en la presente sección, se trata de la Ley Fundamental de Bonn, en sus numerales 1.1 y 2.1 (dignidad humana y libre desarrollo de la persona)[223]; así como la Constitución Española de 1978, en su artículo 10[224], en ambos textos, hay una mención a la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social, incluso en el texto alemán prevalece una idea cosmopolita y universal.

La Ley Fundamental de Bonn ha sido objeto de un envidiable desarrollo jurisprudencial mediante la introducción al constitucionalismo de figuras como: imagen del hombre, no instrumentalización de la persona humana, orden objetivo de valores[225]. No cabe duda que su desarrollo

Christian, «Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005, pp. 489-497.

218. 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. 124.

219. Existen cinco referencias explícitas a la idea de dignidad humana, dos de ellas en el Preámbulo (Primero y Cuarto) y las tres restantes en los numerales 1, 22.2 y 23.3, (Seguridad social y derecho al trabajo).

220. Preámbulo y Artículo XXIII.

221. Preámbulo, § 3, artículos: 5.2 (integridad personal), 6 (Prohibición de esclavitud), 11.2 (Honra).

222. Artículos 4 (respeto y protección de los derechos de la mujer) y 8.

223. 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; 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.

224. 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.

225. Benda, Ernst, «Art. 1 Abs. 1 GG als objektive Rechtsnorm und Grundrecht» en *Gefährdungen der Menschenwürde*, Westdeutscher Verlag, Bayern, p. 10; HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die*

jurisprudencial tiene mucha relación con el grado de avance como civilización al haber superado los traumas éticos, políticos y culturales que dejó el periodo nazi, y reivindicar como sociedad ante el mundo, que nunca volvería a ocurrir la vulneración y desprecio por la dignidad de la persona.

El constitucionalismo alemán se ha convertido en uno de los máximos estandartes de aquel país[226], incluso abriendo este proceso de comprensión de derechos a la sociedad alemana[227]. Siguiendo esta línea argumentativa, el Tribunal Constitucional de aquel país ha sido uno de los más activos en Europa en cuanto al desarrollo de la dignidad humana se refiere.

Tal y como he expuesto con antelación, la imagen del hombre (Menschenbild) en la Ley Fundamental de Bonn es una de las contribuciones de la doctrina jurisprudencial alemana al derecho constitucional. En una de las decisiones más emblemáticas, el Tribunal Constitucional de aquella nación, (Caso «Objeción de conciencia», frente a la obligación de defender a la patria en la Ley militar) se ha referido a la doble dimensión de la dignidad en sentido individual y colectivo de la siguiente manera.

> La imagen del hombre contenida en la Ley Fundamental no es de un individuo autocrático; sino la que tiene en relación con su comunidad, sin que por ello se vea menoscabada su propia sustantividad. Esto se desprende, en particular, a partir de una visión en conjunto de los artículos 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 de la Ley Fundamental... El individuo debe asumir aquellos límites que, para cultivar y fomentar la vida en común, imponga el legislador a su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se garantice la autonomía de la persona[228].

Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

226. 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; Stern, Klaus, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, West deutscher Verlag, Bayern, p. 7; Vanberg, Georg, The politics of constitutional review in Germany, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 111; 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, p. 13.

227. HÄBERLE, Peter, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en Van Ooyen, Robert C. y Möllers, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

228. BVerfGE vol. 12, p. 45 (Ley de Objeción de Conciencia I) (Primera Sala, 20 de diciembre de 1960), § 19.

En adición a lo anterior, defiende quien fuera profesor de Teoría del Estado de la Universidad de Tubinga, Günther Dürig y autor de la fórmula de no instrumentalización de la persona (Objektformel).

> ... el enunciado de derecho fundamental sobre la dignidad humana ha sido históricamente producto de la reacción en contra de un colectivismo totalitario en la vida constitucional alemana... pero el presupuesto del hombre en la Ley Fundamental (que debe ser la medida de todo el derecho) tampoco corresponde al otro extremo que se considera en el sentido liberal, clásico del siglo XIX, con el carácter autónoma e independiente de cada acción del individuo[229].

De esta forma, sostiene BENDA, «no solo se rechazan las concepciones individualistas del liberalismo clásico, sino también las tentaciones colectivistas; renunciando a solicitudes extremas, se busca una línea intermedia»[230]. En este contexto, el Tribunal alemán se pronunció cuando decidió sobre la ilegalización del Partido Comunista, recordando la experiencia durante el periodo nazi, aludiendo a la condición del hombre como objeto de un ente colectivo[231].

Regresando a la fórmula de no instrumentalización (Objektformel), construida por Dürig a partir de la reformulación del clásico imperativo kantiano, la categoría inicial ha ido en el sentido de no distinguir a los individuos por su valor moral. Sobre este aspecto, advierte puntualmente BENDA.

> El artículo 1.1 es válido para toda persona al margen de su grado moral de desarrollo, porque al menos idealmente toda persona está capacitada para su autorrealización moral. Está vedado distinguir entre los individuos en función de su presunto valor moral. El Estado no debe arrojarse el derecho a pronunciar un juicio absoluto sobre los individuos sometidos a su imperio. El Estado respetará al ser humano cuya dignidad se muestra en el hecho de tratar de realizarse en la medida de sus posibilidades. Incluso cuando tal esperanza parezca vana, bien porque la nieguen predisposiciones genéticas y sus metamorfosis, bien por propia culpa, nunca deberá el Estado emitir un juicio de valor concluyente y negativo sobre el individuo[232].

229. DÜRIG, Günter, «Comentarios al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn», en Maunz, Theodor y Dürig G., (Eds.), Günter, *et. al., Grundgesetz (Kommentar)*, Vol. I, Art. 1 a 12, C. H. Beck'sche Editor, München, 1993, pp. 23-24, § 46.
230. BENDA, Ernst, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Benda, Ernst, Maihofer, *et. al., Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996, p. 119, § 5.
231. BVerfGE vol. 5, p. 85 (Caso Prohibición del Partido Comunista).
232. BENDA, Ernst, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», *op. cit.*, p. 125, § 16.

Luego, existe una fecunda interpretación constitucional del numeral 1 de la Ley Fundamental alemana en relación a casi todo el derecho, incluyendo el aspecto relacionado con las nuevas tecnologías y los dilemas que plantea la bioética. Luego entonces, haciendo una relación de las distintas áreas o temáticas del derecho, sobre la aplicación del principio de la dignidad de la persona se encuentran algunas de las siguientes resoluciones.

- Derecho penal (extradición[233], cadena perpetua[234], expulsión de extranjeros[235], prohibición de comunicaciones[236], informantes[237], objeción de conciencia[238], entre muchas otras).
- Derecho civil (libertad artística[239], manifestación pública[240], libertad de prensa[241], honra[242], información[243], también, entre muchas otras).
- Derecho administrativo (protección de datos personales[244]...).
- Derecho social (Ley de ayudas a la inversión[245], procura existencial[246],...)

Igualmente, en este país han sido especialmente cuidadosos cuando se trata del desarrollo de nuevas tecnologías, tales como la manipulación de embriones para fines de investigación científica[247]. Resumiendo esta posición, el profesor Christian Starck, explica lo siguiente.

> ... desde el momento en que se produce la fusión de núcleos, el óvulo humano fecundado (embrión) pertenece a la *especie* humana. Su programa

233. BVerfGE vol. 18, p. 112; BVerfGE 75, 1.
234. BVerfGE vol. 145, p. 187, ñ 2; BVerfGE 86, 288; BverfGE 72, 105.
235. BVerfGE vol. 50, p. 166.
236. BVerfGE vol. 49, p. 24.
237. BVerfGE vol. 57, p. 250.
238. BVerfGE vol. 12, p. 45.
239. BVerfGE vol. 30, p. 173 [Caso Mephisto].
240. BVerfGE vol. 7, p. 198 [Fallo Lüth].
241. BVerfGE vol. 12, p. 113 [Caso Revista Spiegel]; BVerfGE 25, 256 [Semanario Blinkfüer]; Sentencias Radiodifusión: [BVerfGE 73, 118; 12, 205; 57, 295].
242. BVerfGE vol. 93, p. 266 [Los soldados son asesinos].
243. BVerfGE vol. 103, p. 44 [Videograbación de audiencias judiciales]; 35, 202 [Asesinatos de soldados de Lebach].
244. BVerfGE vol. 65, p. 1, § 155 [Ley Censo; y Microcenso: BVerfGE 27, 1].
245. BVerfGE vol. 4, p. 7 § 29.
246. BVerGE vol. 1, p. 97.
247. Ley de Protección a los Embriones de 13 de diciembre de 1990 (BGBl. I S. 2746). Asimismo, puede consultarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

> genético contiene la potencialidad del desarrollo como ser humano que prosigue si no interviene ninguna cesura. La identidad del embrión y la del niño nacido es una identidad genética, y no puede ser otra, porque, después, en el desarrollo de la persona intervienen otros factores de su alrededor que, en adelante, en el transcurso de la vida, van a fijar del todo la identidad modificable del individuo. Como en el óvulo fecundado existe vida humana individual, tiene efecto constitucional la protección de la dignidad y de la vida[248].

En este sentido, HABERMAS se ha manifestado sobre los peligros de esta práctica manipuladora de la vida humana prenatal, en la posible degeneración sobre una desensibilización en el trato con la naturaleza humana, es decir, hacia una eugenesia liberal[249]. A partir de lo anterior, existe la posibilidad de abogar a favor de ambas posturas. Una, que está encaminada al desarrollo de la investigación científica, mediante la manipulación de embriones que tienen dignidad y cuyo tratamiento merece respeto, debido a su potencialidad de convertirse en vida humana. No obstante, también existen del otro lado, razones morales de peso para defender la investigación científica, como los innovadores tratamientos para enfermedades incurables, es decir, que buscan proteger más vidas humanas[250].

Por otra parte, se encuentra la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional Español sobre la dignidad de la persona humana, siguiendo una línea argumentativa muy similar a la del Tribunal germano mediante la fórmula de no instrumentalización de la persona, entre algunos de los criterios más relevantes, se encuentran los siguientes[251].

- La persona no puede ser patrimonializada; es sujeto, no objeto de contratos patrimoniales (STC 212/1996).

Comunidades Europeas: Oliver Brüstle contra Greenpeace eV., Sentencia de la Gran Sala de 18 de octubre de 2011.

248. STARCK, Christian, «Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 36, 2008 (Ejemplar dedicado a: Los retos del derecho público frente a las ciencias de la vida), p. 105.
249. HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 42.
250. KACZOR, Christopher, *The edge of life human dignity and contemporary bioethics*, Springer, Dordrecht, 2005, p. 5; BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 21; Nussbaum, Martha, «Human dignity and political entitlements», en LANIGAN, Barbara T. (Ed.), *Human dignity and bioethics*, Nova Science Publishers, Nueva York, 2008, pp. 245-264.
251. GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 97.

- 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).
- En el mismo sentido, la persona es convertida en mero objeto en los casos de agresión o acoso sexual (STC 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).

Tal y como sostiene el profesor Fernández Segado, el numeral 10.1 de la Constitución Española ha tenido una función hermenéutica para todas las normas ordinarias, es decir, como principio rector del ordenamiento jurídico[252]. No obstante, también han surgido voces críticas que, a pesar de no negar el carácter de la dignidad como principio central del derecho público, por su enorme fuerza fundamentadora[253], también han apuntado hacia el empleo retórico y exagerado del término por el TCE en algunas de sus resoluciones.

> ... el Tribunal alude a la dignidad limitándose a señalar su relación con los derechos, y a resaltar la exigencia de respeto a la persona que comporta. Pero cuando desea pasar al caso concreto, olvida la dignidad y se aplica a determinar qué derecho en particular es objeto de discusión en el caso; y en aquellos casos donde no juega ningún derecho fundamental, el TC refuerza la invocación de la dignidad haciendo intervenir junto a ella, como si no fuese suficiente, otros principios de carácter material (caso del mínimo vital)[254].

252. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en *Estudios jurídico-constitucionales*, UNAM-IIJ, México, 2003, p. 22.
253. SERNA, Pedro, «La dignidad de la persona como principio de Derecho Público», en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las casas*, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas-BOE, II, (4), Enero-Junio 1995, p. 306.
254. SERNA, Pedro, «Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial», en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 41, 1999, p. 190.

Es importante también señalar, la íntima relación que tiene el libre desarrollo de la persona con el de dignidad[255], mismo que ha servido de fundamento y soporte para otros derechos fundamentales[256]. Sobre su concreción, el distinguido constitucionalista Bernal Pulido apunta: «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... 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»[257]. De esta manera, el libre desarrollo a la personalidad ha servido al TCE para ampliar e incluso crear nuevos derechos en el sistema constitucional español, tal es el caso del derecho a la intimidad personal y familiar[258], o el caso de los derechos difusos o colectivos[259].

La incorporación de la dignidad humana en las Constituciones modernas ocurre en un periodo histórico de reivindicación ética y moral de la persona humana, la positivación en los ordenamientos nacionales e internacionales, se encuentra inspirado en la idea de una libertad autónoma; en algunas naciones como Alemania, este paradigma se ha convertido en un dogma dentro del derecho constitucional, llegando a ser considerado en sí mismo un valor, un principio, de categoría superior y fundante de la totalidad de los derechos fundamentales.

Sin embargo, considero que esta construcción conceptual debe quedar abierta a los nuevos desafíos que plantea la realidad social, tal y como sucedió a partir de mitades del siglo pasado, con los movimientos de lucha y reivindicación de los derechos de minorías, como las mujeres, los afroamericanos, los homosexuales, los discapacitados, entre otros. Por ello, es pertinente revaluar propuestas como la de Häberle, quien la considera una premisa antropológica-cultural de las Constituciones, «el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que

255. 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.

256. 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.

257. 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.

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

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

es la dignidad humana... cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas...»[260].

Siguiendo con esta idea, la dignidad entendida como una categoría dialógica, inclusiva, plural y siempre perfectible, debe atender a los procesos discursivos en una sociedad multicultural, que exigen la reivindicación de su singularidad, así como la conformación de su identidad, como los pueblos originarios, y todas las minorías que reclaman su reconocimiento en Latinoamérica. En el caso mexicano, este valor ha sido elevado a un nivel superior en el ordenamiento jurídico, y fundante del resto de los derechos fundamentales, por ello, es necesario evaluar la pertinencia de ese discurso con los argumentos que los propios tribunales han invocado para considerar a este importante valor como tal, tema que será motivo del siguiente apartado.

3.3. La dignidad humana como valor superior y como contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia mexicana

Conforme al sistema de fuentes, históricamente la dignidad humana tiene su origen normativo en la reforma constitucional en materia educativa de 30 de diciembre de 1946, sobre el artículo 3 de la Carta Magna. En aquella ocasión, se decidió incorporar a los fines de la educación básica una concepción de democracia como forma de vida, fomentando el aprecio por la dignidad de la persona. Se advierte del Diario de Debates los siguientes argumentos en la exposición de motivos.

> No se puede concebir a un individuo que sea capaz de realizar íntegramente todos los fines de la vida, sino en relación y condicionado por las actividades y los hechos de los demás, porque llevamos la convicción arraigada en nuestra conciencia, de que cada hombre es una persona inviolable e igual a todas las demás, pero distinta de las cosas de las que se puede disponer libremente y de que esta inviolabilidad es inalienable. No podemos considerar a la Humanidad más que como un conjunto de hombres todos iguales, todos con los mismos derechos, todos mereciendo nuestro respeto y cuya dignidad es motivo también de nuestra consideración[261].

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

261. Participación del Diputado Fernando Moctezuma, Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, Legislatura XXXIX, Año III, Período Ordinario, Número de Diario 28, 26 de diciembre de 1945.

Aquí se aprecia el dilema sobre el individualismo-colectivismo planteado por el Tribunal alemán años más adelante, a través de una argumentación universalista de la persona humana, y del contexto que en aquel entonces vivía el mundo entero, como consecuencia del fin de la Segunda Guerra mundial. A pesar de lo anterior, esta axiología no logró permear efectivamente en los Tribunales, ni en las instituciones estatales, con el fin de lograr alcanzar la cultura constitucional deseada. Lo mismo sucede con la reforma al artículo 25, y la incorporación de la rectoría económica del Estado, donde se hace una escasa referencia en la Exposición de motivos a la dignidad, relacionada con el concepto de sustentabilidad y desarrollo humano[262].

Igualmente, es destacable la reforma constitucional que dio origen a la redacción actual del artículo 1.°, último párrafo, de la Constitución Federal[263], como consecuencia del proceso de reforma a la misma, en materia indígena (artículo 2). Es importante mencionar esta situación, debido a la enorme tensión generada en su momento, debido a los agudos acontecimientos en Chiapas por el Ejército de Liberación Nacional, desde los primeros días de 1994.

Esta reivindicación y lucha, de lo que el pensador Charles Taylor denominaría «política del reconocimiento», se hizo presente en aquella entidad federativa, causando conmoción a nivel mundial, por lo simbólico del movimiento (se trataba de una guerrilla), Naciones Unidas hizo un llamado al Gobierno[264], pero quizá lo más sorprendente, sería la lucha por la reivindicación de las demandas sobre los derechos de los pueblos indígenas (que se encontraban en el propio Convenio 169 OIT

262. Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución... Al respecto:

Cámara de Diputados, Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Medio Ambiente y Recursos Naturales y de Estudios Legislativos, Diario de Debates, Procesos Legislativos, Dictamen y Discusión, México, D.F., a 22 de diciembre de 1998.

263. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

264. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas, México UN Doc A/52/18 anexo V de 122 (1997), 51 sesión, 15 de agosto de 1997, párr. 314.

sobre el tema) después de 400 años de invisibilidad en el contexto político mexicano.

En 2001, se alcanza un consenso legislativo medianamente aceptable, y que logra plasmar en la Constitución (Art. 2.°), la autonomía de los pueblos indígenas; en este mismo paquete de reformas, se introdujo una propuesta de inclusión al artículo 1.°, para quedar como actualmente se encuentra ahora. Lo anterior es sumamente importante, ya que el proceso dialógico de construcción sobre la imagen de la persona en la Constitución mexicana cambia, y se convierte en una categoría más incluyente y plural, reconociendo a los pueblos indígenas autóctonos en México[265].

A partir de ese momento, el concepto de dignidad será objeto de múltiples interpretaciones en relación con el principio de igualdad y no discriminación, para incluir, como una especie de cajón de sastre, la interpretación del principio de igualdad formal y sustantiva en el derecho constitucional mexicano. Tan es así lo anterior, que la mayor parte de las resoluciones del Poder Judicial que hacen alusión a la dignidad de la persona, se deben a la inclusión de esta figura en el numeral antes referido[266].

El último proceso de consagración legislativa se encuentra en la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, donde se modifica el concepto de «individuo», del artículo 1 constitucional, por el de persona[267], además de incorporar los instrumentos

265. C. Senador Armando Méndez de la Luz, Gaceta, Senado de la República, Gaceta, dictamen y discusión, México, D.F., a 25 de abril de 2001; Cámara de Diputados, Diario de los debates, Segundo periodo de Sesiones Ordinarias, Año I, núm. 17, V.I, 28 de abril de 2001.

266. Ver: 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; 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 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 29 de septiembre de 2004 (amparo directo en revisión 988/2004).

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

internacionales en materia de derechos humanos, que incluyen de manera expresa la dignidad de la persona.

Por su parte, la jurisprudencia ha tenido un desarrollo más prolijo a partir de 2007, al declarar y reconocer a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, junto a la igualdad[268], como los valores superiores del ordenamiento jurídico. Considero que las decisiones más emblemáticas que han orientado hermenéuticamente el concepto de dignidad humana, se relacionan con los derechos de minorías, especialmente el caso de cambio de sexo[269] y los matrimonios homosexuales[270].

En la primera decisión, la SCJN orienta su interpretación en torno a la igualdad y autonomía de la persona, considerándola como un derecho fundamental y base de todos los demás derechos, haciendo una lista exhaustiva de los derechos no reconocidos por el texto fundamental, pero que derivan de ella, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al

268. 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.

269. Número de Registro: 165696. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA NOTA MARGINAL EN EL ACTA DE NACIMIENTO DE LA SENTENCIA QUE OTORGÓ LA DEMANDA DE RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE Y SEXO, CON LA CONSIGUIENTE PUBLICIDAD DE DATOS, VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERESADO. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXXII/2009; Número de Registro: 165695. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA SENTENCIA QUE NIEGA LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA ACTA DE NACIMIENTO EN LA QUE SE RECTIFIQUEN LOS DATOS RELATIVOS AL NOMBRE Y SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE ANTES DE LA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 10 DE OCTUBRE DE 2008). Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXIV/2009; Número de Registro: 165694. REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 19. P. LXXIV/2009.

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

libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal[271].

En esta misma sentencia, el tribunal mexicano define el libre desarrollo de la persona como «el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera»[272]. En este razonamiento se encuentra una idea de libertad en sentido negativo y positivo. Por su parte, la decisión sobre la constitucionalización de los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal, se trata de invocar como parámetro hermenéutico la decisión referida arriba.

> 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 persona de igual o distinto sexo.

Este mismo criterio es empleado en otras decisiones relevantes sobre el matrimonio homosexual, en aquellas Entidades federativas que no está reconocido como tal. La orientación y el sentido que se le otorga a estos principios son a partir de la igualdad y autonomía de la persona, invocando incluso precedentes de algunas Cortes estatales de Estados Unidos de Norteamérica, donde se razona en base a la idea de igualdad y no exclusión[273].

Por otro lado, se encuentra la aplicación del principio de la dignidad, en relación con la procura existencial o vida digna. El sentido que se le otorga es un poco más claro en esta decisión, ya que lo relaciona con 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»[274].

271. DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis Aislada: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.

272. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. Tesis Aislada: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, Página 7.

273. 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.

274. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. Tesis Aislada: 1a. X/2009, Semanario

También existen algunos intentos por tratar de definir a la dignidad en sentido ontológico como «el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos»[275] o como «una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo...»[276]. En principio, se ha determinado que esta cualidad, es inherente y exclusiva de las personas físicas[277]. Haciendo una síntesis de las decisiones más emblemáticas y trascendentales donde se ha empleado la dignidad humana como criterio hermenéutico, podemos señalar las siguientes.

Derecho Civil

- Reconocimiento del matrimonio homosexual (en su vertiente de libre desarrollo de la persona –autonomía e igualdad)[278].
- Derecho al honor (con base en el aspecto subjetivo o ético –dignidad de la persona– y el aspecto objetivo) y la colisión con la libertad de expresión[279].

Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009, p. 547; 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.

275. DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. 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.
276. DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. 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.
277. 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.
278. Número de Registro: 2006875. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación 1a. CCLX/2014 (10a.); Número de Registro: 2003282. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 959. 1a. CIV/2013 (10a.); Número de Registro: 2006878. NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación 1a. CCLXI/2014 (10a.).
279. Número de Registro: 2005523. DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Pág. 470. 1a./J. 118/2013 (10a.); Número de Registro: 171882. VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE

- Derecho al honor de las personas morales (derivado de la dignidad)[280].
- Divorcio sin causa (se invoca la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona –en sentido de autonomía y libertad– para declarar inconstitucional las causales de divorcio)[281].

Derecho Penal

- Individualización de penas (como no instrumentalización del inculpado al imponer una pena) en adultos[282] y menores infractores[283].
- Ejecución de penas (no instrumentalización del sujeto en Penitenciaria y el principio de legalidad, la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena)[284].

ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Julio de 2007; Pág. 272. 1a. CXLVIII/2007.

280. Número de Registro: 2000082. DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2905. 1a. XXI/2011 (10a.).
281. Número de Registro: 2005338. DIVORCIO. EL ARTÍCULO 175 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS, AL EXIGIR LA DEMOSTRACIÓN DE DETERMINADA CAUSA PARA LOGRAR LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, CUANDO NO EXISTE CONSENTIMIENTO MUTUO, ES INCONSTITUCIONAL AL RESTRINGIR EL DERECHO AL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3050. XVIII.4o.10 C (10a.); Número de Registro: 2005339. DIVORCIO NECESARIO. DEBE DECRETARSE AUN CUANDO NO QUEDEN DEMOSTRADAS LAS CAUSALES INVOCADAS, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3051. XVIII.4o.15 C (10a.).
282. Número de Registro: 2005918. DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I; Pág. 354. 1a./J. 21/2014 (10a.).
283. Número de Registro: 2004726. 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). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3; Pág. 1825. I.9o.P.36 P (10a.).
284. Número de Registro: 2003779. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. SI EL JUEZ PONDERA EL CONTENIDO DEL ESTUDIO DE

- Derechos del inculpado (la dignidad humana en relación con la integridad personal de los detenidos)[285].
- Derechos del inculpado (privacidad e intimidad del inculpado en un proceso penal mediante la toma de fotografías –no instrumentalización de la persona–)[286].
- Derechos de la víctima (se invocan la dignidad de la mujer como víctima en un proceso penal)[287].
- Derechos de la víctima (se amplía el derecho a la reparación del daño en el proceso penal a partir de la dignidad humana derecho a la verdad, a la reparación material y moral)[288].
- Trabajo penitenciario (como no instrumentalización de la persona humana en el trabajo penitenciario)[289].

PERSONALIDAD PRACTICADO AL INCULPADO PARA NEGARLE DICHO BENEFICIO, TRANSGREDE SU DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE IMPONER PENAS INUSITADAS. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2; Pág. 1649. I.9o.P. J/7 (10a.).

285. Número de Registro: 163167. DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y AL TRATO DIGNO DE LOS DETENIDOS. ESTÁN TUTELADOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE Y SON EXIGIBLES INDEPENDIENTEMENTE DE LAS CAUSAS QUE HAYAN MOTIVADO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Enero de 2011; Pág. 26. P. LXIV/2010.

286. Número de Registro: 166037. ACTO DE MOLESTIA. LO CONSTITUYE LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS A QUIENES NO TIENEN LA CALIDAD DE DETENIDOS O PRESUNTOS RESPONSABLES. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 401. 1a. CLXXXVIII/2009.

287. Número de Registro: 2005296. PRUEBA PERICIAL EN PSIQUIATRÍA FORENSE. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE ORDENAR OFICIOSAMENTE SU DESAHOGO CUANDO ADVIERTA QUE LA MUJER ACUSADA DE HOMICIDIO SUFRIÓ VIOLENCIA DE GÉNERO POR LA VÍCTIMA, A EFECTO DE CONOCER EL ESTADO MENTAL DE AQUÉLLA AL MOMENTO DE LOS HECHOS, VIOLA DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3189. I.9o.P.44 P (10a.).

288. Número de Registro: 2004579. REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660. XXVII.1o.(VIII Región) 22 P (10a.).

289. Número de Registro: 2005110. TRABAJO PENITENCIARIO. SU DESARROLLO DEBE ESTAR ERIGIDO SOBRE LA OBSERVANCIA Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 128. P./J. 34/2013 (10a.).

Derecho Administrativo

- Derecho a la intimidad (como un acto de molestia en base al principio de proporcionalidad)[290].

Derecho Constitucional

- Igualdad jurídica y no discriminación (se interpreta el principio de igualdad, en base a la dignidad, cuando la desigualdad carezca de justificación objetiva y razonable)[291].
- Derechos de personas con discapacidad (como dignidad ontológica de todos los seres humanos)[292].

Derecho Social

- Procura existencial –mínimo vital– (en relación con el concepto de vida digna y el principio de solidaridad, ante las cargas desproporcionadas del derecho fiscal y laboral)[293].
- Derecho a la cultura (como una manifestación directa de la dignidad humana –autonomía y libertad en sentido positivo– actuar del Estado para mantenerla)[294].

290. Número de Registro: 2006575. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS. LA VERIFICACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA DEL POSIBLE BENEFICIARIO DE SUS SERVICIOS, MEDIANTE EL ESTUDIO SOCIOECONÓMICO QUE SE LE PRACTIQUE CONFORME AL FORMATO APROBADO POR EL COMITÉ DE AFILIACIÓN, AL PERMITIR LA INVASIÓN DE ESPACIOS DE SU VIDA PRIVADA, VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III; Pág. 2038. II.1o.A.14 A (10a.).

291. Número de Registro: 2005583. IGUALDAD JURÍDICA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 541. 1a. CCCXIX/2013 (10a.).

292. Número de Registro: 2002519. DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 633. 1a. VII/2013 (10a.).

293. Número de Registro: 159820. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CONTENIDO TRASCIENDE A TODOS LOS ÁMBITOS QUE PREVEAN MEDIDAS ESTATALES QUE PERMITAN RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 136. P. VII/2013 (9a.); Número de Registro: 168160. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 547. 1a. X/2009; Número de Registro: 172546. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 792. 1a. XCVIII/2007.

294. Número de Registro: 2001625. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CULTURA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012,

- Prestaciones laborales (se argumenta la violación directa a la dignidadvámenes excesivos al salario)[295].

En síntesis, la jurisprudencia mexicana ha incorporado tardíamente el principio de dignidad de la persona al sistema jurídico mexicano, a pesar de no estar inicialmente contemplado en la Constitución de 1917. En la materia penal, existe un empleo reiterado de la fórmula de no instrumentalización, a favor del inculpado y las víctimas del proceso penal. En el derecho civil, se emplea como un principio expansor de los derechos inicialmente contemplados, tales como la imagen, honor, sexualidad. En el ámbito social, se incorpora el principio de procura existencial, en relación con el de vida digna. Finalmente, en relación con la dignidad en sentido ontológico, se vincula con los derechos de discapacitados. A continuación, realizaré una propuesta sobre la categoría de persona y dignidad humana pensada desde la Constitución, a partir de las reflexiones sobre la interpretación que ha recibido de parte de los Tribunales.

3.4. La construcción de una imagen de persona humana desde la Constitución mexicana: un contenido esencial mínimo de derechos

La dignidad humana debe actuar como una premisa hermenéutica para la comprensión de los derechos fundamentales y dar sentido a los distintos fines del Estado Constitucional, tales como la realización de la libertad y el desarrollo armónico de la persona. La reconstrucción de este principio se da en la modernidad, mediante su incorporación en las Constituciones de mitades del siglo XX, a partir de las tradiciones antigua, medieval, ilustrada y moderna. También es importante advertir el carácter multidisciplinar de este valor superior del ordenamiento, cuya comprensión no es suficiente mediante una visión reduccionista de las normas jurídicas.

Por ello, algunos Tribunales como el alemán han reconstruido la dignidad a partir de tres vertientes principales: *fórmula de no instrumentalización, orden objetivo de valores e imagen del hombre*. Esta última puede ser una interesante propuesta para la jurisprudencia mexicana. Las reformas al

Tomo 1; Pág. 502. 1a. CCVII/2012 (10a.). Ver especialmente: Considerando quinto del amparo directo 11/2011, resuelto por la Primera Sala el dos de mayo de dos mil doce.

295. Número de Registro: 171297. SALARIO MÍNIMO. EL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE CONSTRIÑE AL LEGISLADOR ORDINARIO A NO GRAVAR LOS INGRESOS DE LOS TRABAJADORES QUE SOLAMENTE OBTIENEN ESE SALARIO. Localización: [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Septiembre de 2007; Pág. 553. 2a./J. 172/2007.

artículo 1.°, último párrafo, y 2.° constitucional en el año 2001, que interpretan y descifran a la dignidad humana a partir del valor de la autonomía y la igualdad, son importantes para entender el proceso de evolución expansiva que han tenido los derechos humanos.

Asimismo, es importante advertir que la mayor parte de la jurisprudencia generada sobre dignidad humana en México, se traduce visiblemente en la idea de igualdad y no discriminación, pregonando el valor de la autonomía de la persona. Ahora bien, el origen y desarrollo de la dignidad a partir del año 2007, por el Tribunal Constitucional mexicano se desarrolla mediante la comprensión de los derechos de las minorías, particularmente los derechos diferenciados de personas transexuales y homosexuales. Por este motivo, creo que es importante precisar que el juez mexicano ha cambiado de paradigma para incorporar una idea de persona humana, incluyente y plural.

Precisamente, mediante el reconocimiento de los derechos de las minorías, se alcanza a reconocer grupos socialmente desfavorecidos que antes no figuraban en el constitucionalismo, y esta comprensión se ha realizado, no desde el tradicional concepto de igualdad formal e incluso político, sino a través de distintos planos de análisis, como el sociológico, político, filosófico y antropológico. Por ejemplo, cuando se resuelven los casos de las personas sexualmente diferenciadas, se invocan los valores de autonomía y dignidad de la persona, reconociendo desde el punto de vista filosófico, la compatibilidad de su condición biológica con su proyecto de vida, cuestión que sin duda alguna, pregona una idea antropológica neutral de persona, abierta y sujeta a los procesos científicos, relacionados con las tecnologías de manipulación del cuerpo humano, pero sobre todo, que desde el plano filosófico buscan la realización plena del ser humano.

También se debe incrementar en la jurisprudencia mexicana el empleo de la fórmula de no instrumentalización de la persona humana a otras áreas distintas al derecho penal, tales como el derecho civil (conflictos sobre derecho al honor, contratos civiles), problemas como el aborto, suicidio asistido, derechos de la mujer, incluso derechos del niño (no instrumentalización del menor en juicios de convivencia) y derechos laborales (no instrumentalización del trabajador como mero factor de producción).

En este contexto, la idea de dignidad humana se ha dimensionado a partir de la doctrina de contenido esencial de los derechos fundamentales. La propia jurisprudencia mexicana ha reconocido a la dignidad como un valor superior del ordenamiento jurídico, y a partir de este principio junto al libre desarrollo de persona, se convierten en catalizadores de los derechos humanos contenidos en la Constitución. Por tanto, se puede

establecer que detrás de cada una de estas decisiones subyace una concepción material y objetiva en torno al orden de valores, de manera similar a lo que sucedió de manera primigenia con la jurisprudencia de los años cincuenta con el Tribunal germano.

En este contexto, es de gran valía revisar la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana (vigente para los jueces mexicanos desde 2011) sobre dignidad de la persona en temáticas de integridad personal[296], derechos de la mujer[297], vida privada (no discriminación)[298], dignidad del embrión (fecundación in vitro)[299], derechos del niño[300], personas con discapacidad[301], derechos de migrantes[302], derechos indígenas[303], y protección de la honra y dignidad[304]. Aunque es sumamente criticable que estos

296. Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C núm. 4, § 154, 156, 158 y 165; Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C núm. 22, § 53; Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C núm. 20, § 86; Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C núm. 63, § 164 y 166; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C núm. 160, § 306.

297. Corte IDH; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C núm. 215, § 118; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C núm. 216, § 108.

298. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C núm. 239, § 162.

299. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C núm. 257, § 247.

300. Sentencias Corte IDH: Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C núm. 112, § 159; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C núm. 130, § 179; Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C núm. 242, § 49.

301. Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C núm. 246, § 130.

302. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C núm. 251, § 233; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C núm. 218, § 100.

303. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125, § 162; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C núm. 251, § 154.

304. Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C núm. 213, § 205.

precedentes estén circunscritos a la integridad de la persona, y se incorpore la idea de dignidad de manera indirecta, sería interesante formular nuevas concepciones a partir de las reflexiones del organismo internacional[305]. Finalmente, cabe concluir que todo proceso de construcción de una categoría como la dignidad e imagen de la persona humana desde la Constitución y para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser realizado bajo distintos horizontes de comprensión del fenómeno jurídico, tal y como he explicado en líneas anteriores.

V. CONCLUSIÓN

La evolución histórica de los derechos y garantías en el Estado mexicano ha tenido claroscuros durante el siglo XIX. El constitucionalismo mexicano recibió fuerte influencia de los documentos preconstitucionales como Cádiz, Apatzingán, así como algunos textos de cuño liberal y tomista que pregonaban por el Estado independiente. La Constitución federal de 1824 en México recibió influencia de los documentos norteamericano y francés. Del primer modelo destaca el modelo de gobierno (sistema presidencial), mientras que del modelo francés, llama la atención la influencia estatalista de los derechos y el concepto de soberanía.

Esto generó una fuerte reticencia en el modelo interpretativo de los derechos y sus garantías. El legicentrismo en la interpretación de los derechos a través del predominio del Poder Legislativo limitó la actividad judicial. No obstante, a mediados del siglo XIX surge el juicio de amparo como herramienta para tutelar los derechos humanos. Este acontecimiento marcaría sin duda alguna los fundamentos del control constitucional en México, y a diferencia de otras naciones, incluso de Europa, un avance sin precedentes en la defensa de los derechos humanos.

A pesar que el modelo de *judicial review* había tenido eco en la actividad de los jueces, los constantes movimientos revolucionarios y de inestabilidad política en México, ocasionaron que el Poder Judicial perdiera su autonomía e interrumpiera sus labores. La suspensión en la emisión de la jurisprudencia durante el último cuarto del siglo XIX debilitó enormemente la posibilidad de una interpretación constitucional de los derechos fundamentales, aun cuando grandes juristas como Mariano Otero y Manuel Crescencio Rejón habían sido pioneros en la creación

305. AMEZCUA, Luis, «Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.°. 8, 2007, pp. 339-355.

de figuras para la defensa de los derechos en el ámbito local y federal, respectivamente.

El modelo de derechos y garantías en el siglo XX se caracteriza por ser minimalista en la generación de contenidos que enriquezcan la labor de los operadores jurídicos. El tenue concepto de Garantías Individuales creado por el Constituyente mexicano de 1917 devino paulatinamente en una concepción reduccionista de los derechos. Ejemplo de ello son los derechos políticos, que no fueron considerados como parte del catálogo de derechos fundamentales sino hasta finales de ese siglo (1996), otorgándoles efectividad en el plano constitucional hasta 2008.

La insuficiencia de este modelo se basa en un concepto trasnochado de las garantías y sus derechos. Aunado a ello, la mitificación del juicio de amparo, tal y como la denominó críticamente Jose Ramón COSSÍO, apuntó hacia la generación ensimismada de una jurisprudencia nacionalista, acorde a las necesidades del régimen político y no de las necesidades de una teoría constitucional de los derechos fundamentales. Destaca como ejemplo de esto la escasa generación de jurisprudencia sobre la interpretación de derechos básicos como la libertad personal, dignidad humana, libre desarrollo de la persona, vida, igualdad, entre muchos más.

La interpretación de las leyes y la Constitución no tuvo diferencia alguna para la Suprema Corte sino hasta finales del siglo XX. Posteriormente, durante el siglo XXI se dan reformas constitucionales que transforman por completo el sistema de derechos humanos. La primera en 2010, que introduce nuevos mecanismos para ampliar el contenido esencial de los derechos a partir de una cláusula de apertura al derecho internacional, así como el surgimiento de la jurisprudencia para reinterpretar el modelo de control constitucional en el país por la Corte mexicana (control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso).

A pesar de lo anterior, existe una fuerte reticencia para incorporar plenamente los contenidos de los derechos humanos desde el plano internacional por la Suprema Corte mexicana. Existen dos posturas enfrentadas en el Pleno de dicho Tribunal, la primera (mayoritaria), que establece que cualquier restricción a los derechos humanos en tanto se encuentra consagrada en la Constitución es legítima. Por otra parte, la segunda postura consagra que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales forman parte del derecho interno, motivo por el cual deben integrarse al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos establecidos en la Constitución.

Esta apertura la podemos identificar en torno a los derechos y sus garantías para hacerlos efectivos, desde el año 2003 con la interpretación

del principio de igualdad y no discriminación por razón de trato, así como la defensa de grupos vulnerables en relación con el concepto de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, conjugado con la reforma constitucional a los derechos humanos (2011), es una simbiosis perfecta para detonar la nueva época en que la Suprema Corte de Justicia asume su papel como un Tribunal Constitucional y comienza a diseñar nuevos conceptos constitucionales más allá de la simpleza literal a la que había estado acostumbrada esa institución judicial durante el siglo pasado.

De esta manera, la construcción del contenido esencial en la teoría constitucional mexicana se va generando a partir de valores superiores del orden jurídico, que si bien no han sido expresamente establecidos por el Constituyente, ha sido la vía jurisdiccional a través de la Corte, la que ha declarado de esta manera a los valores de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la persona. Por estos motivos, en el último epígrafe se planteó la tesis que la dignidad humana entendida como un valor superior a partir de un criterio material, ha sido el detonante para ampliar el contenido esencial de los derechos humanos. Sobre todo, se ha hecho hincapié en la teoría de Dürig, que identifica precisamente este valor como el contenido esencial mismo. Luego entonces, el estudio se elaboró con base en la jurisprudencia alemana y española, cuyos Tribunales Constitucionales han generado doctrina jurisprudencial de gran valía para la doctrina mexicana. Los distintos casos emblemáticos que se presentarán durante los capítulos 3 y 4 identifican esta serie de precedentes emblemáticos generados en la décima época y a partir de la cual se genera la verdadera teoría constitucional de los derechos fundamentales.

Capítulo 3

El contenido esencial de los derechos de igualdad y de libertad en méxico: un análisis casuístico con la jurisprudencia comparada

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD Y DE LIBERTAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Tal y como se ha precisado en los primeros capítulos, la garantía del contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana ha estado ausente, y su incorporación ha sido mediante la vía jurisprudencial. Su reconocimiento por la Suprema Corte mexicana ha sido a través de la interpretación de los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad; principio de igualdad y no discriminación. Distinto camino han seguido países como Alemania y España, en cuyos textos fundamentales subyace de manera expresa dicha garantía.

Este camino a través de la hermenéutica constitucional ha propiciado la adopción de un modelo principialista de derechos humanos, así como una intensa labor interpretativa por los jueces constitucionales, que han expandido el contenido esencial de los principios antes referidos, y así, alcanzar una mayor protección a favor de la persona humana. La intención principal de este capítulo es explicar ese tránsito que ha tenido la jurisprudencia mexicana en la última década a través de la selección de los precedentes más emblemáticos que han marcado el inicio de una era interpretativa constitucional en México.

La primera línea interpretativa de la Corte mexicana en torno a los límites a los derechos fundamentales es a través del principio de proporcionalidad y el favorecimiento del principio de igualdad en un caso relacionado con discriminación en contra de elementos de las fuerzas armadas por haber contraído VIH. Sin embargo, el criterio hermenéutico que prevalece

en este primer asunto es una teoría externa de los derechos fundamentales, estableciendo como canon interpretativo el principio de proporcionalidad. Si bien, este primer intento de la Suprema Corte mexicana descubre por vez primera las reglas sobre las limitaciones a las entonces llamadas Garantías Individuales, a través de las tres fases (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), este método será el preámbulo y la antesala para el empleo del test de razonabilidad anglosajón, muy similar al que emplea la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica.

Por consiguiente, otro de los objetivos de este capítulo consiste en llevar a cabo un intento de sistematización sobre este conjunto de precedentes dictados por el máximo Tribunal mexicano en torno a los principios de igualdad y libertad, fundamentales para comprender el devenir de la jurisprudencia mexicana en casos posteriores haciendo un ejercicio intelectual de comparación con la labor del Tribunal Constitucional Español en casos similares.

Debe puntualizarse que el Tribunal mexicano no es Tribunal Constitucional, por lo que su jurisprudencia no tiene la calidad de precedente vinculante, motivo por el cual se explicará al inicio de este capítulo la complejidad que encierra el sistema de precedentes mexicano, detallando cuales son las razones por las cuales se han seleccionado los casos que son objeto de estudio, y de esta manera, diferenciarlo con la selección de precedentes elegidos del Tribunal Constitucional Español.

La estructura del contenido esencial de los derechos humanos inicia con el principio de igualdad, y la dignidad humana como valor superior se convierte en el catalizador para la creación de nuevos derechos, en casos relativos a igualdad sustantiva, personas transexuales, matrimonio homosexual, entre otros. Dado que en España existen precedentes con similitudes fácticas, se empleará la sentencia relativa al matrimonio homosexual resuelta por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de comparar el ejercicio hermenéutico de ampliación del contenido esencial al libre desarrollo de la personalidad en cada uno de los dos tribunales.

Posteriormente se llevará a cabo un análisis comparado del derecho a la libertad de información (expresión) y su colisión con el derecho al honor e intimidad de los particulares. Para ello, se emplearán dos casos emblemáticos en ambas jurisdicciones, con el propósito de comparar los métodos hermenéuticos a través de los cuales se da un contenido predeterminado a la libertad de expresión en el caso mexicano, empleando una teoría absoluta del contenido esencial frente al empleo del canon de proporcionalidad en el caso español, a través del balanceo de ambos principios (libertad informativa vs intimidad).

Por último, resulta de alta relevancia uno de los últimos precedentes con los que se ha realzado la labor de la Suprema Corte en torno al libre desarrollo de la personalidad. Se trata del asunto de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley General de Salud que prohibían el uso recreativo del cannabis. No cabe duda que los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad se han convertido en dos herramientas de gran valía para la Corte mexicana. Su prolijo desarrollo desde hace una década, ha detonado una serie de variantes interpretativas sin precedentes en la justicia constitucional mexicana.

A continuación, se analizarán algunos de esos casos emblemáticos, con el fin de descifrar la ratio de cada una de las decisiones judiciales emblemáticas seleccionadas, y posteriormente, llevar a cabo un análisis crítico sobre la construcción y consolidación de esa doctrina en la jurisprudencia sobre el contenido esencial de los derechos humanos, a partir de los valores constitucionales de igualdad, libre desarrollo de la persona y dignidad humana, que actúan como catalizadores de los derechos fundamentales.

II. MODELO ACTUAL DE DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

En origen de la garantía del contenido esencial de los derechos humanos inicia con la consolidación de precedentes relacionados con el empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana, principalmente en asuntos de carácter fiscal[1]. Destaca el uso de la teoría externa de los derechos fundamentales, a partir de una interpretación del principio de igualdad y razonabilidad en asuntos de naturaleza tributaria.

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[2]. De esta manera, este moderno principio de equidad tributaria analizado bajo el prisma de la proporcionalidad, quedó configurado de acuerdo a los

1. 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.
2. 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.

siguientes elementos (para mayor claridad se ha destacado el empleo de cada uno de los paradigmas al final de cada razonamiento).

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 solo 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. 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[3].
>
> 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

3. 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.

> 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.

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: 55/2006[4] y 37/2008[5].

Posteriormente, el Pleno del máximo Tribunal mexicano reconocerá las reglas anteriores a partir de su aplicación en el caso de Militares con VIH[6],

4. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

5. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.° 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).

6. 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

de manera un tanto confusa e imprecisa, confundiendo algunos de los subprincipios que se aplican en este instrumento, pero sobre todo resaltando que el contenido esencial derivará de un ejercicio hermenéutico posterior a la colisión entre dos o más principios constitucionales. Para precisar lo dicho anteriormente, se explicará en primer lugar 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.

1. EL CRITERIO ESTRUCTURAL A PARTIR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El criterio estructural del principio de proporcionalidad forma parte de la teoría externa de los derechos fundamentales. Esto, en contraposición a la teoría interna, que predefine antes de cualquier ponderación de derechos el contenido esencial del mismo. Su origen 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: 55/2006[7] y 37/2008[8].

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

JURÍDICA. Tesis: P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.

7. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

8. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.° 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).

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 peticionario, 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 necesariedad, 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 estos 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[9].

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

9. Considerando Séptimo, Amparo en revisión 1351/2006. De igual forma, la tesis aislada CXXXVIII/2005, con el rubro: IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO, 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».

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)[10]. 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 estas 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).

En última instancia, se analiza otra de las reglas deducidas de la jurisprudencia 81/2004[11]. 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

10. CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad,... op. cit.*, p. 120.

11. 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.

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, esta 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 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 esta 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 este 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 impugnable 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 esta misma pudiera ser objeto de apelación de parte de todos los sujetos mencionados, incluidos los acreedores no demandantes.

Sentado lo anterior, el Tribunal concluyó 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, se explicará el reconocimiento del principio de proporcionalidad de acuerdo a 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. 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[12].
>
> 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 este 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 dicha fórmula.

12. Tesis: P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.

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 solo que esta no sea absurda»[13]. 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»[14].

Creemos 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

13. DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 114.
14. 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.

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.

Por ahora, se explicará 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[15]. 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

15. 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).

de constitución en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales:

> El principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deban 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 la 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 PJF. 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. Esta se divide 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 este se encuentra contagiado. Finalmente, en su conclusión realiza un razonamiento advirtiendo 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 este la haya contraído después de los hechos probablemente delictuosos[16].

16. CONTAGIO VENÉREO, MEDIDAS PARA COMPROBAR EL. Registro: 310334; [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo LVII; Pág. 2498.

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 fines[17], 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 criterio resulta inclusive formalista. El segundo antecedente invocado, es otra tesis aislada, que parece un poco más acorde al tema de análisis[18].

> 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 solo 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[19].

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

17. *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.

18. DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES. Tesis Aislada. Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 181-186 Tercera Parte, p. 55.

19. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, p. 636.

la ponderación, sin embargo, existió la aplicación del subprincipio de necesidad, indispensabilidad, o medida alternativa, tal y como se infiere de lo transcrito adelante.

> 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 solo 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[20]. 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 este, 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[21].

> «... 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 sobreinclusiva a la luz de los diferentes *fines perseguidos*. Finalmente, se hubiera podido enfatizar con más pausa y detalle la

20. 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.

21. 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.

> 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, también es citado como precedente relevante, la jurisprudencia 42/2007[22], 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.

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»[23] 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[24].

22. 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.

23. GARANTÍAS INDIVIDUALES. Tesis Aislada, Quinta Época Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación XL, p. 3630.

24. LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis Aislada, Segunda Sala, Quinta época, S.J.F. LXI, p. 4026.

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.

2. EL CRITERIO ESTRUCTURAL A PARTIR DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Otro criterio fundamental para la determinación del contenido esencial de los derechos humanos es el principio de razonabilidad. En términos generales, existen dos paradigmas que han influido en la formación del principio de proporcionalidad: el continental europeo y el test de razonabilidad (balancing test), este 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[25]. 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 evolucionado en distintos documentos constitucionales de aquella nación, posteriormente exportada al derecho americano, y fue plasmada por primera vez en la XIV enmienda de la Constitución norteamericana[26].

25. ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010, p. 15 y ss.
26. 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.

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 solo respecto a los derechos procesales reconocidos por el *common law*, sino también a los derechos sustantivos (debido proceso sustantivo)[27]. 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»[28].

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[29]. El test de escrutinio estricto se aplica cuando se encuentra involucrado el derecho a la privacidad (aborto, métodos anticonceptivos)[30].

Asimismo, el test de mayor intensidad también es aplicado en aquellos casos donde se involucran clausulas 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 público, discriminación contra niños de origen

27. 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.
28. 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.
29. 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.
30. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Griswold v. Conneticut, 381 U.S. 479, 85 (1962).

extramarital, entre otros[31]. 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[32].

En la última época los jueces mexicanos han diseñado 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[33]. 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 sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate[34].

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

31. ŠUŠNJAR, Davor, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, Boston, 2010, p. 152.
32. TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1998, pp. 1439-1440.
33. CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO. 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.
34. 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.

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[35]. Es decir, una violación al principio de igualdad, lo que amerita lleva 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[36].

35. 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.
36. «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 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];

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 además, 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 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[37]. 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»[38] 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».

«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].

37. 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; p. 879.

38. Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Cit., p. 53.

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 lo 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 Norteamericana de «separados pero iguales»[39], 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». Dicho lo anterior, el contenido esencial del principio de igualdad se amplió a partir del empleo del principio de razonabilidad, de manera muy similar a lo que realiza la Corte Suprema norteamericana.

A. La doctrina de contenido esencial a partir de la proporcionalidad en la jurisprudencia española

La asignación de contenido esencial en España sigue un camino claro a partir de la Constitución de 1978, en su numeral 53.1, que establece de manera expresa el principio de vinculatoriedad o eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, así como el respeto al contenido esencial de los mismos. Los modelos que han servido como paradigma para la

39. PLESSY v. FERGUSON, 163 U.S. 537 (1896).

construcción de los límites o restricciones son el principio de proporcionalidad desde la doctrina jurisprudencial alemana. De hecho, el modelo español de principio de proporcionalidad se encuentra inspirado en el modelo germano, de quien ha tomado gran parte de sus caracteres.

Originalmente, el TCE, en el caso Ley Decreto Huelga, adoptó una teoría absoluta de la concepción material de contenido esencial, distinguiendo de esta manera un núcleo y una parte accesoria[40]. De esta manera, a partir del principio de reserva de ley se pueden limitar o configurar los límites a un derecho fundamental solo en su parte accesoria, pero no en cambio en su núcleo esencial. En esencia, para el Tribunal español 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 recognoscible como pertinente al tipo descrito»[41].

En otros precedentes más emblemáticos, el TCE ha destacado la asignación de contenido esencial a partir del empleo del principio de proporcionalidad. Al respecto, destaca: la limitación de la libertad de manifestación en lugares públicos; la proporcionalidad de una pena por cuestiones de objeción de conciencia; y por último, 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,

40. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

41. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

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 concretización 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 este, 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 aun 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).

Dicho lo anterior, la configuración que se logra consolidar en el modelo europeo continental de Derechos Fundamentales se da a partir del principio de proporcionalidad, pero a través del establecimiento expreso en las Constituciones de una garantía del contenido esencial de

los derechos fundamentales. Por su parte, en México se carece de dicha garantía institucional, pero su reconocimiento implícito ha derivado de la jurisprudencia de la SCJN, a través de dos vías: el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, mediante el análisis del principio de igualdad y no discriminación. Esta singular mixtura entre el modelo anglosajón y europeo traerá consigo problemáticas puntuales que detallaremos en el siguiente capítulo, principalmente aquella relacionada con la vulneración al principio democrático, y la invasión de la competencia legislativa.

III. EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN MÉXICO Y LA LABOR DE LA SUPREMA CORTE COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 México donde el reporte de la jurisprudencia es en base a tesis. En este país 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 aquellas, dejando de lado el verdadero contexto constitucional a partir del cual surgen.

En este sentido, la forma en que la SCJN como máximo órgano jurisdiccional en el país, comunica a los órganos judiciales inferiores los precedentes que se generan es con base en extractos denominados: «tesis». Este conocimiento generado por los Tribunales federales a partir de la interpretación de las normas, tal y como ha quedado asentado en el capítulo 2 de la presente investigación, ha sido equiparado en muchas ocasiones a la redacción de un precepto legal, tan es así que durante los años ochenta el PJF reconoció expresamente que la jurisprudencia en México equivalía a la ley, en sentido material, ya que gozaba de las mismas cualidades de generalidad, abstracción e impersonalidad.

La definición de tesis (jurisprudencia) que genera el PJF, de acuerdo a su definición equivalente, es la siguiente:

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[42].

De esta manera, surgen muchas interrogantes difíciles de descifrar para comprender si los Tribunales federales (únicos facultados para generar jurisprudencia) realmente auxilian a los órganos jurisdiccionales inferiores mediante la creación de precedentes. Es decir, si las denominadas tesis constituyen un reporte significativo de la riqueza que sí genera un precedente vinculante en un Tribunal Constitucional. Esto es así, ya que en la mayor parte de las ocasiones las reglas son difíciles de ser aprehendidas por los juzgadores, y se convierten «abstracciones obtenidas de las sentencias», prescindiendo absolutamente de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquellas, descontextualizando en muchas de las ocasiones el conocimiento que allí se genera[43].

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 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[44].

En este sentido, el sistema de reporte de precedentes y generación de jurisprudencia mexicano tiene un atraso notable en relación con países que tienen Tribunal Constitucional. Tal y como ha sido explicitado en la segunda parte del presente estudio, la SCJN no tiene la calidad de Tribunal Constitucional, sino de una especie de Tribunal Supremo, es decir, pertenece al Poder Judicial de la Federación, y actúa en muchas ocasiones

42. 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.
43. Conforme con la Ley de Amparo en sus numerales 215 a 230, las formas de creación de jurisprudencia son las siguientes: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación.
44. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67.

como un Tribunal de Casación[45], pero también ejercer funciones de control de regularidad constitucional, pero con facultades (desde una perspectiva material) para crear tesis que vinculan a la mayor parte de los órganos jurisdiccionales del país.

Sin embargo, el gran retraso notable que tiene dicha facultad consiste en que dicha construcción conceptual y metodológica no ocurre 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 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.

Conforme a lo anterior, el análisis que se realizará 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[46]. 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»[47]. Por tanto, 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[48].

45. 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, IIJ, México, 2006, p. 252.
46. 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.
47. FERRERES COMELLA, Víctor, «Estudio introductorio» en SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana)*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
48. SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia*, *op. cit.*, p. 38.

De acuerdo a este hilo conductor, consideramos 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, límites a la libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, extensiones y límites al principio de igualdad. Por este motivo, esta nueva concepción de precedentes auxilia hacia una sólida creación de una teoría constitucional. Entendiendo por esta última al «esfuerzo por justificar un conjunto de prescripciones acerca de cómo deben decidirse los casos constitucionales controvertidos»[49]; y por precedente vinculante, «aquellas decisiones que dentro de ciertos patrones fácticos conservan la fuerza gravitacional sobre casos análogos por sus hechos y circunstancias»[50].

Sentada la crítica anterior, se procederá a continuación a justificar la selección de casos emblemáticos objeto de estudio en el presente capítulo, con el propósito de delinear el análisis comparado sobre el estudio del contenido esencial de los derechos, dado que como se ha precisado, México no cuenta con el sistema de precedentes vinculantes se procederá a justificar a continuación en primer término, las razones por las cuales han sido seleccionados los casos a partir de una casuística judicial basada en la teoría de los precedentes antes apuntada.

IV. CASUÍSTICA JUDICIAL MÁS SIGNIFICATIVA SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: ANÁLISIS COMPARADO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

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 la SCJN se pronuncia al respecto, y otros, por el enorme impacto en el aspecto económico, político o social en México. Lo anterior, identificado concretamente en temas como matrimonio homosexual (igualdad y no discriminación), uso recreativo del cannabis (libre desarrollo de la personalidad), alcances de la libertad informativa y protección del derecho al honor (dignidad humana).

49. STRAUSS, David A., *What is constitutional theory?*, in *Modern constitutional theory (A reader)*, ALEINIKOFF, T. Alexander, et. al., Thomson West, 1999, p. 12.

50. 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.

Paralelo al estudio descrito en los párrafos anteriores, se lleva a cabo una selección de precedentes judiciales similares a los de la jurisprudencia mexicana que han sido resueltos por otros Tribunales Constitucionales e internacionales en materia de Derechos Humanos. Se ha seleccionado el modelo de contenido esencial del Tribunal Constitucional Español, ya sea que emplee una teoría interna, o bien la aplicación de la teoría externa a través del principio de proporcionalidad; asimismo, se recurre 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 estudio de la garantía del contenido esencial 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, se ha tomado en consideración los principales criterios que debe seguir un análisis jurisprudencial de esta magnitud. Para ello, para este capítulo y el siguiente, se han seleccionado precedentes que han sentado un paradigma importante en la justicia constitucional mexicana, tomando 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 (honor, intimidad y privacidad), libre desarrollo de la personalidad (libertad sexual, proyecto de vida), tutela judicial efectiva, libertad de expresión y seguridad jurídica.

El primer bloque de asuntos en este capítulo está relacionado con la garantía del contenido esencial de los derechos humanos y la distinción de trato, a partir del principio de igualdad formal y sustantiva. Son dos asuntos emblemáticos, la discriminación suscitada en la aplicación de una medida de acción positiva tratándose de pensión por viudez, frente a los casos Guarderías y Mujeres Aviadoras, resueltos estos últimos por el TCE. Finalmente, se analizará comparativamente el asunto de matrimonio homosexual en México y España, respectivamente. Es importante manifestar que ambos países emplean metodologías diversas para llegar a delimitar el contenido esencial del principio de igualdad, mientras que la SCJN lo hace a través de la razonabilidad, el TCE circunscribe y delimita este principio empleando la proporcionalidad.

Los anteriores asuntos forman parte de la primera sección de casos elegidos por su importancia y trascendencia debido a las directrices valorativas que allí fueron objeto de interpretación, se trata de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. La SCJN tuvo un pronunciamiento preliminar en los primeros asuntos (Caso pensión por viudez) desde la óptica del principio de igualdad formal, transitando posteriormente hacia una dimensión sustantiva y consolidando precedentes dictados previamente en asuntos relacionados con la libertad sexual (Caso Cambio de sexo), libre desarrollo de la personalidad (matrimonio incausado), entre otras decisiones que formarán parte del bloque de constitucionalidad de la igualdad.

Posteriormente, el segundo bloque de asuntos está vinculado con el criterio material de los límites a los derechos fundamentales. Se trata del empleo de la teoría del contenido esencial de los derechos humanos en asuntos donde colisiona la libertad de expresión (derecho de información) frente al derecho a la intimidad (dignidad y privacidad). El propósito del estudio es contrastar en una y otra jurisdicción (SCJN y TCE), el empleo del principio de proporcionalidad como canon de control de la regularidad constitucional (en el caso español), frente a un empleo casi nulo de la ponderación y la adopción de una teoría absoluta del contenido esencial de la libertad de expresión por la SCJN, predeterminando su contenido para volver cuasi absoluto el derecho a la intimidad y privacidad de las víctimas de crímenes sexuales.

Finalmente, se realiza un estudio retrospectivo sobre el principio de libre desarrollo de la personalidad en la SCJN y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, a través de dos asuntos emblemáticos: Caso Cannabis. Los dos asuntos guardan diferencias fácticas sustanciales, ya que en México no existe regulación expresa o tácita sobre el consumo, producción o distribución de la mariguana, es decir, existen aún políticas públicas prohibicionistas, mientras que en Alemania y distintos países europeos, se ha procurado por regular este ámbito desde el terreno de políticas públicas, lo cual, cambia por completo muchos de los elementos de cada asunto, pero bajo un eje rector similar: la potencialidad del libre desarrollo de la personalidad y su realización a través del ejercicio de actividades lucrativas no convencionales como resulta ser el consumo de la mariguana.

2. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: CASUÍSTICA SOBRE LA RAZONABILIDAD DE TRATO

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[51].

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 (55/2006[52] y 37/2008)[53], 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 todos 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 1 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 discriminación por razón de género, salud, preferencia sexual, en el caso mexicano, descritas en la última parte del artículo 1 de la CPEUM.

51. 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.

52. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

53. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.° 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).

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 aviadoras[54] (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[55], 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 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.

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

54. STC 216/1991.
55. STC 147/1995.

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[56].

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.

56. STC 128/1987, p. 14.

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, 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 este 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[57].

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 para los viudos, adicionalmente al requisito general (matrimonio o concubinato y cotizaciones respectivas) la prueba

57. 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.

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[58], 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[59]. 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[60]. 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 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.

58. 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.

59. 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.

60. 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.

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[61].

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[62].

61. 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 ARTICULO 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.

62. 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

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[63]. 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.

> ... 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, solo 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.

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

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.

63. 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.

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 (desde el aspecto formal) 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.

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)[64]. 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 *dos personas* 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.

64. 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 solo 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)[65], 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 restringa 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)[66].

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 lograran el fin perseguido* por el legislador y atendieran a las diferencias entre ambas parejas que alega el accionante?» (§ 261).

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[67], 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 esta 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

65. 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.
66. 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.
67. Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno de la SCJN.

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 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[68].

68. 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

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 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

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.

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 esta 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 asegurar 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»[69].

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.

69. 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.

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).

De acuerdo al voto concurrente aludido, 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[70].

Bajo este contexto, surgen diversas interrogantes en torno a la resolución mexicana. La primera está encaminada en saber 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

70. Este asunto ha sido analizado previamente en el apartado III.1 del presente capítulo.

limita a realizar una interpretación teleológica de la norma al señalar que *ese* ámbito pertenece al dominio reservado de los Estados.

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[71].

Reiteramos, 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[72]. 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 encontrarse encaminado a optimizar principios constitucionales, así como de garantizar su contenido esencial ante una legítima ampliación por el 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*

71. Al momento de iniciar el presente trabajo existían un poco más de 400 modificaciones constitucionales. Al día de hoy, hay más de 550.

72. 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.

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)[73].

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) 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.

3. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CASUÍSTICA RELEVANTE SOBRE EL CRITERIO MATERIAL

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[74]. La jurisprudencia comparada es fecunda en la creación

73. 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.

74. 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

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)[75].

La doctrina alemana ha reconocido tres esferas de protección de la intimidad: la *intimsphäre* (esfera íntima), esta 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[76]. 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, principalmente a raíz de las atrocidades cometidas durante el régimen nacionalsocialista[77].

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 alemanes[78], principalmente lo que la jurisprudencia alemana ha definido

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.

75. WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., «The right to privacy», en *Harvard Law Review*, Vol. IV, núm. 5, Diciembre, 1890, p. 193.

76. HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, (2a ed.), Köln, Böhlau Verlag, 1967, pp. 174 y ss.; SOEHRING, Claas-Hendrik, *Verdachtberichterstattung 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.

77. 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. 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.

78. 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. Geburstag von Hans Nawiasky*, München, Isar Verlag, 1956, pp. 157-190.

como Drittwirkung der Grundrechte (Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o frente a particulares)[79], 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 Civil[80].

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)[81], 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[82]. 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»[83].

HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privacht Recht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988. BLECKMANN, Albert, «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», en DVBl, 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.

79. SCHWABE, Jürgen, «Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte», en AöR 100(1975), pp. 442-470. VON MÜNCH, Ingo, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Diss., 1998.

80. HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privacht Recht*, *op. cit.*, p. 75.

81. 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.

82. ESCHENBACH, Jürgen/ Niebaum, Frank, «Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung», en: *NVwZ*, 1994, pp. 1079-1082.

83. G. DURIG, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung» en *Festschrift zum 75... op. cit.*, p. 178.

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[84]. Como diría el profesor Javier Ansuátegui, «la libertad de expresión es la condición de surgimiento y formación de la opinión pública libre, a través de la cual se estructuran los criterios de racionalidad social»[85]. 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 humanos[86].

84. 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.

85. 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.º 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), núm. 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.

86. *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, (1.ª 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.º 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), núm. 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.

87. 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.

88. 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.

89. TRIBE, Laurence, *American Constitucional Law*, *op. cit.*, p. 873.

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, la afectación a dichos bienes, a través de expresiones maliciosas, merecen la protección constitucional de la Ley sobre Delitos de Imprenta[87].

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[88]. 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 persona[89], 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[90].

Por este motivo, se ha elegido en la presente sección para su análisis, 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 en el caso del TCE, mientras que en el caso de la SCJN empleando una teoría democrático funcional de los derechos fundamentales, siguiendo la dogmática de los derechos fundamentales explicada por Böckenförde. 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).

Ahora bien, el caso mexicano (Lidia Cacho) 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

90. 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.

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, esta 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[91], incurriendo en algunas ocasiones en la falacia de petición de principio (como se demostrará sucesivamente)[92].

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

91. 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.

92. 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. *Ibid.*, p. 271.

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, se debe 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, en esta parte la decisión se aleja del empleo de la ponderación (dimensión subjetiva) como canon subjetivo de control de la regularidad constitucional y como herramienta para concretar el contenido esencial del derecho, y cede su lugar a la dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión en cuestión (contenido esencial irreductible), con especial realce a la teoría democrático funcional explicitada por Böckenförde, aportando entonces un criterio material de los derechos fundamentales.

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[93], la Jornada[94], 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

93. Amparo Directo 6/2009.
94. Amparo Directo 28/2010.

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»[95]. 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.

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 esta 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

95. *Vid.* página 85 de la sentencia.

demostrar que la información difundida era de interés público y que había sido difundida antes del litigo.

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, aun 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, 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.

Este último argumento confirma la tesis planteada inicialmente en este apartado. Se trata del empleo de una teoría objetiva y material de los derechos fundamentales que define prima facie, el contenido del derecho a la libertad de expresión (periodística) de manera absoluta, sin tomar en cuenta la posible afectación concreta de la víctima del crimen sexual, ya que despoja o vacía de contenido el derecho a la intimidad y honor de esta, toda vez que cualquier información que sea difundida por la prensa, por el solo hecho de constituir periodismo de denuncia, no podría en algún momento ser susceptible de ser analizado su contenido, toda vez que la misma tendría el carácter de «información pública», y no del «público» (interés morboso).

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 en el anterior apartado, 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»; este 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)[96].

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[97]. 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 si quiera había permitido o facilitado que fuera del conocimiento general su

96. SSTC 127/2003, fundamento jurídico 9.

97. En este punto, la Sala reitera el precedente seguido en la STC 185/2002, foja 4.

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 ponderación, basado en circunstancias particulares, incluso, analizando el contenido material de la información sometida a examen, situación última que no sucede con el caso presentado por la SCJN.

4. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: CASUÍSTICA RELEVANTE SOBRE LA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las resoluciones que se presentarán en el presente capítulo están relacionadas con el consumo del cannabis. En el caso mexicano consta la solicitud expresa de los demandantes para hacer un uso recreativo de esta sustancia por la vía administrativa ante la institución de salud mexicana, mientras que en Alemania, el TCFA declaró constitucional su penalización ante la petición expresa de los demandantes acusados penalmente de lo contrario; la primera acusada, por haber suministrado esta droga a su esposo en prisión, otros por haber adquirido la sustancia para su consumo, y finalmente el último acusado por distribución de la misma[98].

En esencia, las similitudes que se desean confrontar en la presente investigación consisten en el empleo por ambos Tribunales sobre la configuración del libre desarrollo de la personalidad a partir de los modelos legislativos y de política pública sobre la penalización en el uso de este tipo de sustancias. Lo anterior, ya que en el caso mexicano, la SCJN decidió avalar el otorgamiento de un permiso administrativo para su consumo, aun sin existir las condiciones normativas y fácticas para su realización, ya que tanto la política pública como legislativa en el país en la última década ha concentrado sus esfuerzos en criminalizar la producción, empleo, distribución y consumo de la sustancia. Por su parte, en

98. Sentencia de la Segunda Sala dictada el 9 de marzo de 1994. BverfGE Vol. 90, p. 145. § 45 a 65. 2 BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92.

el caso alemán, al resolver diversos asuntos sobre la constitucionalidad de la penalización del cannabis, el TCFA avaló la política legislativa de aquel país, estableciendo los límites del libre desarrollo a la personalidad y negando la posible existencia de un derecho a «drogarse».

Es dable señalar además que en ambos asuntos se emplea como método de análisis el principio de proporcionalidad, con serias críticas para el caso mexicano, debido a la maximización del libre desarrollo de la persona, y ponderando a través de una simplificación un tanto peligrosa, el no riesgo del empleo del cannabis por un uso recreativo.

A. El caso mexicano

El asunto resuelto por la Primera Sala de la SCJN versó sobre una respuesta negativa emitida por las autoridades de salud mexicanas para obtener autorización a cuatro personas para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar el estupefaciente conocido como cannabis y el psicotrópico THC para su uso lúdico o recreativo[99]. La resolución identifica como derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, empleándolo incluso como premisa mayor de la resolución, determinando que la medida legislativa que prohíbe realizar actividades relacionadas con la producción y el consumo de la marihuana resultaba innecesaria, toda vez que existían medios alternativos igualmente idóneos que restringían menos ese derecho fundamental. Siendo además desproporcional (ponderación), porque genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención que tiene una persona de decidir (libre desarrollo de la personalidad) qué actividades lúdicas desea realizar.

La resolución de la Primera Sala de la SCJN se encuentra dividida en 3 partes. En la primera sección se analiza la posible incidencia de la medida legislativa prohibicionista en el contenido «prima facie» del libre desarrollo de la personalidad, retomando precedentes dictados con antelación, reasignación sexual[100] y divorcio sin causa[101]. El derecho fundamental en

99. Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 4 de noviembre de 2015.

100. REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 17. P. LXIX/2009. Registro núm. 165 698.

101. DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1392. 1a. LIX/2015 (10a.). Registro núm. 2 008 492.

cuestión es entendido como la permisión para que las personas mayores decidan, sin interferencia alguna, que tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, para llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para materializar dicha elección, lo cual forma parte de la autonomía personal.

Para determinar si el Estado incide en dicha esfera de autonomía personal, la Sala analiza el libre desarrollo de la persona antes y después del principio de proporcionalidad, con base en la medida legislativa, siguiendo el test de tres fases: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Sobre la primera fase, se concluye que ambas finalidades, tanto la protección de la salud como el libre desarrollo, son principios constitucionalmente reconocidos y protegidos por la Constitución. El test de necesidad es realizado bajo una idea de relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue esa afectación. Para esto, el Tribunal determina que debe existir evidencia científica que avale el daño a la salud.

Esta fase de necesidad es concluida por la Primera Sala, apuntando que no existe evidencia concluyente para considerar que el uso de la marihuana causa un daño grave a la salud. Incluso, en la sentencia se propone la limitación de su uso, la prohibición de publicitación del producto, restricciones por razones de edad, y conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de dicha sustancia. El test de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), es concluyente al afirmar lo siguiente:

> En efecto, resulta evidente que una intervención en un derecho fundamental que prohíba totalmente la realización de una conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular *en ciertas condiciones* el ejercicio de ese derecho. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta el «sistema de prohibiciones administrativas» regulado en la Ley General de Salud puede calificarse como *muy intensa*, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de esta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho. En este sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades ateniendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas.

Los efectos de la sentencia consistieron en otorgar el amparo para efectos del autoconsumo de los demandantes (siembra, cultivo, cosecha,

preparación, posesión y transporte), de cantidades limitadas a las establecidas en la Ley General de Salud. La resolución que es objeto de análisis es sugestiva al establecer como premisa mayor el libre desarrollo de la personalidad, y sesgar el análisis de la proporcionalidad de la medida legislativa para analizarlo a parte. En primer término, porque en la sentencia se sustituye al legislador y se entra peligrosamente al ámbito que necesariamente debe ser motivo de regulación por el Estado.

Es decir, existían distintos obstáculos desde el punto de vista procesal y legislativo, ya que la penalización incluso en el consumo de la marihuana subsiste en el Estado mexicano, permitiendo la cantidad mínima de 5 gramos para aquellas personas identificadas como farmacodependientes o consumidores en términos de la Ley General de Salud. De esta suerte, es interesante el cuestionamiento del ministro Pardo Rebolledo en su voto particular:

> ¿Dónde se va a adquirir la droga? ¿A quién o de quién se va a adquirir? Tendría que haberse establecido una regulación adecuada para garantizar esa adquisición y entonces, a partir de ahí, garantizar las siguientes conductas respecto del autoconsumo, y yo, por este aspecto inicial, no puedo coincidir con la concesión del amparo, porque existe una cuestión previa, una cuestión inicial que –desde mi punto de vista– impide –en caso de que proceda–, la restitución al ejercicio del derecho que se estima violado.

Las dos propuestas contenidas en los votos concurrentes (adhesivos) de los ministros Ortiz Mena y José Ramón Cossío, contienen planteamientos metodológicos de crítica a la resolución, que desde nuestra perspectiva, hacen endeble el planteamiento inicial de fondo establecido en la resolución. El primero de ellos es la metodología empleada para el análisis del contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad. En el voto, se propone el establecimiento de una «expectativa razonable de privacidad», para determinar si se constata una «expectativa de privacidad legítima» de mantener algo como privado y calificar como razonables y justificadas por las circunstancias en un estado democrático de derecho[102].

El peligro de sustituir a través de una sentencia al legislador democráticamente electo es latente, tal y como advierte el ministro José Ramón Cossío en su voto concurrente. La propuesta del mismo, consistía en dar efectos integrales a la sentencia que exhortaran a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, entre las que destacan: Consejo de Salubridad, Hacienda, Educación Pública, visualizando las posibles consecuencias del fallo favorable.

102. Voto Concurrente del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en el Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala, párr. 22.

Asimismo, el voto hace una crítica en torno a la deficiencia de la resolución contenida en la ausencia de un análisis sesgado de la «magnitud del daño» no tan grave, además de prescindir de los Tratados multilaterales de cooperación signados por México.

Uno de los problemas más graves que encierra la sentencia es el empleo del derecho comparado. Resulta especialmente relevante la cita de precedentes de países como Uruguay, Países Bajos, algunas Entidades de Estados Unidos de Norteamérica, ya que en aquellas regiones se trató más bien de un amplio consenso y debate legislativo y social para después concluir en políticas públicas sólidas regulatorias y de salud. En tanto el caso mexicano la legislación y políticas públicas han sido en los últimos años de criminalización hacia la producción, distribución y consumo de esta clase de estupefacientes.

Es importante advertir la peligrosidad que encierra el contenido esencial en abstracto que se le otorga al libre desarrollo de la personalidad en la resolución, ya que desde el plano de la doctrina, se asume implícitamente una teoría absoluta, que incluso establece prima facie, un contenido esencial predeterminado judicialmente, pero sin límites, ya que la regulación administrativa o legislativa del consumo de una sustancia en este contexto carecerían de sentido, sobre todo ante la pretendida ponderación de principios donde el libre desarrollo de la persona siempre llevaría una ventaja por encima del orden público o el derecho a la salud.

En el ejercicio de ponderación aprobado por la mayoría de la Primera Sala de la SCJN se encuentra ausente otros elementos de relevancia y trascendencia para ejemplificar la magnitud del daño producido por esta droga. Se encuentran análisis científicos que demuestran que el daño producido es menor incluso al de sustancias legales como el tabaco y el alcohol. Tal y como señala COSSÍO en su voto concurrente:

> ... cerrar la discusión a la oposición del libre desarrollo de la personalidad y la magnitud del daño que genera el consumo de cierta sustancia, es una sobre-simplificación del problema que representa el análisis de la política estatal en materia de drogas, y deja en una pobre posición al Estado para generar la regulación que garantice los derechos humanos de la población a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales aplicables, tal como nos lo mandata el artículo 1.° constitucional.
>
> Tampoco me convence la comparación que realiza la resolución entre la marihuana con el tabaco y el alcohol, por ser sustancias que producen «un daño similar». Me parece que cada sustancia debe ser regulada conforme a sus especificidades y que, de hecho, sería plenamente justificado a la luz de la Constitución darle un tratamiento diferenciado a cada una de ellas. Contrariamente a lo que sostiene la resolución, el que el tabaco y el alcohol se encuentren regulados y no prohibidos, no se sigue en automático que deba autorizarse la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte de la marihuana. Máxime que una traslación así obligaría también a aceptar su venta y comercialización, pues no habría justificación para negarlas, si el tabaco y el alcohol se venden y comercializan[103].

En tal sentido, la resolución contiene una grave paradoja. Autorizar el consumo, necesariamente conduce a la necesidad de producción, de traslado y distribución. Un Tribunal Constitucional debe actuar respetando en todo momento el ejercicio legítimo de un Estado Democrático al quehacer legislativo. La sentencia no contiene ningún elemento que conmine o excite al Estado para actuar en consecuencia. Desde el plano formal, la resolución contiene una estructura argumentativa ponderativa, pero prescinde de la misma desde el momento que el libre desarrollo de la personalidad adquiere un tamiz absoluto y no valora los posibles efectos que podría ocasionar absolutizarlo para nulificar las reglas creadas previamente por el legislador, sobre todo en un contexto prohibicionista, criminalizador y sobre regulador del consumo, traslado y distribución de estupefacientes en el país mexicano. Esta situación se encuentra absolutamente ausente en la decisión.

Un conflicto similar se ha presentado en España, con el surgimiento de Clubes de consumo compartido y el surgimiento de Organizaciones civiles con un objeto similar al de la nación azteca. En ese caso, el Tribunal Español ha creado la figura de la atipicidad del consumo, bajo ciertas condiciones y circunstancias[104], pero sin definir ni precisar aún ante el vacío de regulación legislativa, el listado o catálogo de condiciones para no evitar la aplicación estricta de los tipos penales que castigan su abuso.

---

103. Voto Concurrente del Ministro José Ramón Cossío, en el Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala.

104. 1.°) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión. 2.°) El consumo de la misma debe llevarse a cabo «en lugar cerrado». La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados. 3.°) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados. 4.°) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario. STS 484/2015 dictada el 7 de septiembre de 2015, fj 9.

B. El caso alemán

Ahora bien, en el primer asunto resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán[105] derivó de diversos asuntos penales en los que estuvieron involucradas cuatro personas detenidas por distribuir y trasladar marihuana, lo cual provocó su encarcelamiento. La impugnación por parte de los demandantes se centraba en determinar si la prohibición contenida en la Ley de Estupefacientes[106] vulneraba su libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana[107].

En ese país, el Tribunal determinó que las prohibiciones penales no vulneraban el libre desarrollo debido a que no se reconocía un derecho a «drogarse» como actividad recreativa en la LFB. Cuando el TCFA analiza la idoneidad de la medida, establece claramente a través del principio de proporcionalidad, que «*la valoración y pronóstico de la existencia de amenazas en contra de los individuos o de la comunidad que se dan en este contexto, se ha dado al legislador un margen de decisión, el cual puede ser revisado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada*»[108], ya que existen escenarios en los cuales los órganos de justicia se encuentran autorizados a prescindir de una sanción, en caso de que exista causa de justificación por ejemplo.

El estudio que realiza el TCFA es similar al mexicano, incluso en sus conclusiones, al determinar que el daño a la salud por el consumo del cannabis es muy bajo, reconociendo a la marihuana como una droga blanda, sin generar dependencia física, reconociendo igualmente los peligros en la conducción de vehículos automotores, y con efectos menos perniciosos que el alcohol. A pesar de lo anterior, la motivación del Tribunal germano se encaminó en justificar la idoneidad de la permisión resuelta por el legislador y ampliamente debatida previamente por aquella sociedad en su momento.

105. Sentencia de la Segunda Sala dictada el 9 de marzo de 1994. BverfGE Vol. 90, p. 145. § 45 a 65. 2 BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92.

106. BtMG, (Betäubungsmittelgesetz), se refiere a la Ley de Estupefacientes alemana. Dicha Ley establecía en su párrafo 25:
(1) Se impondrá una pena de prisión de hasta cinco años o con multa que se impondrá a cualquier persona que: 1. Coseche, fabrique, comercialice para traslado, comercio, importación, exportación, distribuya, ponga en circulación o adquiera cualquier clase de narcóticos...

107. Ley Fundamental de Bonn. Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona] (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

108. SCHWABE, Jürgen (Comp.) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Extractos de las sentencias más relevantes,) KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, México, 2009, p. 105.

El análisis también incluye la incorporación de los instrumentos internacionales de combate al narcotráfico, signados también por el Estado mexicano pero ausentes totalmente en la resolución de la SCJN. Por tanto, el análisis de la política criminal en torno a las sanciones penales aplicables en materia del cannabis.

Existen diferencias sustanciales en una y otra decisión (TCFA y SCJN). La primera de ellas consiste en el análisis de los tipos penales contenidos en la Ley Alemana, frente a la solicitud en el caso mexicano, de una licencia para cosechar, trasladar, distribuir y consumir marihuana. Si bien, el análisis abstracto de las normas es distinto, el fundamento de la decisión con base en el libre desarrollo de la personalidad es el mismo, pero con una extensión distinta. Mientras que en caso mexicano este derecho se potencializa al grado de nulificar la regulación administrativa, y en parte hasta la penalización de la norma pues su consumo implica la necesidad de cosecha y distribución del estupefaciente, en el caso alemán el juez constitucional confronta el tipo penal directamente con el principio y determina que las razones del legislador son suficientes para tener por colmada la constitucionalidad de la norma.

Los efectos de una resolución de esta magnitud son enormes, sobre todo, por el impacto en las políticas públicas y la ausencia en la legislación de un marco normativo permisivo para su cosecha, consumo y distribución del estupefaciente en el Estado mexicano. Por ello, una decisión de esta naturaleza, tal y como lo señala el ministro Cossío en su voto, requiere de efectos precisos y concretos sobre el tratamiento legislativo y políticas públicas. Una resolución no puede acabar intempestivamente con una política prohibicionista y criminalizadora que por décadas ha imperado en México.

Pero sobre todo, las sentencias, aún de los Tribunales Constitucionales, deben procurar el respeto a los principios democráticos, siendo exigentes de los principios constitucionales y la supremacía de la Ley Fundamental, a través del control de regularidad constitucional que implican los derechos humanos, pero de ninguna manera deben soslayar las razones del legislador para absolutizar principios, pues dentro de la dogmática constitucional, un principio absoluto representa el latente peligro para nuestras sociedades de acabar con el debate público y ceder su espacio de decisiones a los Tribunales.

V. CONCLUSIÓN

El enfoque empleado para analizar los casos en la presente investigación se basa en la perspectiva de la doctrina de los precedentes constitucionales. Tal y como se advirtió al inicio de este capítulo, existe una crítica muy aguda

contra la formación de jurisprudencia en México, basada principalmente en una mera codificación de las sentencias, en lugar de la difusión del contexto a partir del cual tuvieron origen. Por este motivo, coincidimos con la opinión sostenida por algunos autores, acerca del posible tránsito hacia una verdadera doctrina jurisprudencial, que tome en cuenta el contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles.

Sentado lo anterior, la selección y análisis de los casos se basó en criterios de trascendencia y relevancia, de acuerdo a la teoría axiológica de los derechos fundamentales. Es decir, en la mayor parte de los precedentes analizados, ha sido la primera vez que la Suprema Corte se pronuncia sobre la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y razonabilidad jurídica. En este sentido, las sentencias apuntadas, constituyeron criterios fundacionales o fundadoras de una línea hermenéutica evolutiva liberal de la Corte, y que han tenido una enorme repercusión en el ámbito económico, político y/o social de nuestro país.

De igual manera, la finalidad de presentar un análisis de esta envergadura, ha sido ampliar el abanico de la interpretación constitucional a partir de principios que la misma Suprema Corte ha realizado, especialmente en esta última década, en su calidad de Tribunal Constitucional. Más allá del análisis aislado de las sentencias comparadas de otros Tribunales Constitucionales en el mundo como el español y el alemán, nuestro objetivo fue demostrar que la línea de interpretación y argumentación constitucional ha tomado un camino bastante alentador y favorable para la teoría constitucional, propiciando un notable cambio de paradigma hacia un verdadero Estado Constitucional.

Ejemplo de lo anterior ha sido la concreción de contenidos esenciales como el principio de igualdad a través de la razonabilidad jurídica. Nos referimos específicamente al caso de los militares con VIH, separados de las fuerzas armadas por causa de inutilidad. Esto ha permitido una nueva forma de analizar las violaciones a los derechos fundamentales de manera más novedosa y creativa, siguiendo el modelo continental europeo de proporcionalidad. En este sentido, las sentencias de los Tribunales Constitucionales Alemán y Español respectivamente.

La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad han sido dos principios que han sido desarrollados tardíamente por la Corte mexicana. Fue hasta inicios del siglo XXI con el caso de cambio de sexo, que la Suprema Corte los reconociera como parte fundamental y estructural del sistema jurídico mexicano, e incluso como fundadores del resto de los demás derechos fundamentales, teniendo como inspiración la jurisprudencia y derecho internacional y comparado.

Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad ha sido un principio a partir del cual la Suprema Corte ha derivado la creación de nuevos derechos que no habían sido inicialmente reconocidos en el texto constitucional, tales como el derecho a la imagen, privacidad, intimidad y protección de datos. Dicha situación resulta alentadora y creativa, que nos habla de una nueva forma de interpretación y argumentación en base a principios constitucionales. En este tenor, se analizaron sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de transexuales que no se encontraron expresamente en instrumentos nacionales e internacionales. Por este motivo, este último Tribunal Internacional amplió la tutela y protección de los principios constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, con la finalidad reconocer nuevos derechos como el de contraer matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo.

Finalmente, abordamos el principio de igualdad formal y sustancial desde la perspectiva contemporánea de la teoría jurídica y política. No cabe duda que la Corte mexicana ha trazado la directriz hacia una interpretación expansiva del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, dejando la concepción igualitaria formal a la que tanto había estado acostumbrada.

Con el desarrollo de nuevos precedentes, especialmente los relacionados con las medidas de acción positiva y el empleo de criterios objetivos y razonables del principio de proporcionalidad, se han tenido nuevos instrumentos para una mejor comprensión de las desigualdades materiales de la sociedad mexicana y las soluciones para erradicarlas. Sin duda alguna, cabe subrayar que el Tribunal Constitucional mexicano ha retomado las líneas interpretativas de la jurisprudencia española, al llevar a cabo interpretaciones más sustanciales y amplias del significado de la igualdad formal y transitar a una concepción de igualdad política. Esperemos en que estas líneas interpretativas y este modelo argumentativo se mantenga firme, y continúe adquiriendo cada vez mayor peso en cada una de las esferas del sistema constitucional mexicano.

Finalmente, el caso Cannabis resuelto por el juez constitucional mexicano es una de las decisiones emblemáticas más trascendentales en la jurisprudencia mexicana de la última década. A través de esta decisión, se amplió el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad, reconociendo la constitucionalidad de un permiso administrativo que permitió a varias personas el uso recreativo de la marihuana, incluyendo la cosecha, distribución y consumo.

En el caso mexicano se potencializó dicho contenido esencial al grado de nulificar la regulación administrativa, y en parte hasta la penalización de la norma pues su consumo implica la necesidad de cosecha y distribución del estupefaciente, en el caso alemán el juez constitucional confronta el tipo penal directamente con el principio y determina que las razones del legislador son suficientes para tener por colmada la constitucionalidad de la norma.

Los efectos de dicha resolución de esta magnitud son enormes, sobre todo, por el impacto en las políticas públicas y la ausencia en la legislación de un marco normativo permisivo para su cosecha, consumo y distribución del estupefaciente en el Estado mexicano. Por ello, una decisión de esta naturaleza, requería de efectos precisos y concretos sobre el tratamiento legislativo y políticas públicas. Una resolución no puede acabar intempestivamente con una política prohibicionista y criminalizadora que por décadas ha imperado en México.

Pero sobre todo, las sentencias, aún de los Tribunales Constitucionales, deben procurar el respeto a los principios democráticos, siendo exigentes de los principios constitucionales y la supremacía de la Ley Fundamental, a través del control de regularidad constitucional que implican los derechos humanos, pero de ninguna manera deben soslayar las razones del legislador para absolutizar principios, pues dentro de la dogmática constitucional, un principio absoluto representa el latente peligro para nuestras sociedades de acabar con el debate público y ceder su espacio de decisiones a los Tribunales.

Capítulo 4

Crítica jurídica a la doctrina del contenido esencial de los derechos humanos utilizada por la jurisprudencia mexicana

I. INTRODUCCIÓN

Este apartado tiene como propósito plantear algunas de las principales problemáticas y obstáculos que ha tenido la consolidación del modelo de contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia mexicana. En el capítulo precedente se ha delineado el modelo de principio de proporcionalidad utilizado como canon de control constitucional por la SCJN para configurar límites o restricciones a los derechos. Sin embargo, dicho modelo ha sido concebido en la mayor parte de las ocasiones desde una óptica formal, ya que el predominio de una teoría del contenido esencial relativa o absoluta está presente en decisiones de gran calado resueltas por ese alto Tribunal.

Dicho lo anterior, es indispensable conocer en primer término el modelo embrionario de contenido esencial de derechos a partir de la tutela judicial efectiva, ya que es el pilar de cualquier ordenamiento jurídico. En tal sentido, se realizará de manera puntual un estudio comparativo entre la negativa de este paradigma a partir de una serie de decisiones que fueron recurridas ante la CIDH, y que posteriormente fueron analizadas por la SCJN. En esencia, se trata de demostrar el desplazamiento del derecho adjetivo de acceso a la justicia y el tránsito hacia un modelo sustantivo a partir de la redefinición del contenido esencial del mismo siguiendo los parámetros y directrices amplios que se han delineado a partir de la doctrina del debido proceso.

La siguiente sección de este último capítulo explica cuáles han sido los principales obstáculos para la consolidación de la doctrina del contenido esencial en asuntos seleccionados por su trascendencia y relevancia, de acuerdo a las pautas delineadas en el punto 3 del anterior capítulo de esta investigación. Estos asuntos están relacionados con

cuatro temáticas de alta importancia: el primero con el derecho a la verdad y justicia en el Estado mexicano por la persecución de los crímenes históricos en contra de estudiantes durante los años setenta; el caso de la despenalización del aborto, la lesión del derecho al honor frente al derecho de los periodistas a la libertad de expresión, y por último, la figura penal del arraigo ante el principio de seguridad y derecho de las víctimas en un contexto de inseguridad ciudadana que padece el Estado mexicano.

No cabe duda que estas temáticas puntuales responden a valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la seguridad jurídica. 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 este 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 de un renovado contenido esencial.

II. LA RECEPCIÓN DE LAS DOCTRINAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS EN MÉXICO A PARTIR DEL NUEVO DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

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[1].

1. 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).

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 estos habían sido violados[2]. El requisito de accesibilidad se traduce en la dimensión institucional[3], 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, estas respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, así como el contenido esencial del derecho en cuestión[4].

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, ya que no se trata de «la simple eficacia de la tutela judicial efectiva»[5], sino del cumplimiento a una serie de deberes a cargo del juez en el marco del debido proceso[6]. 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 mexicana, 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

2. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Pár. 102-103.
3. LUHMANN, N., *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)*, Universidad Iberoamericana-Oak Editorial, México, 2010, p. 311.
4. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.
5. DEL REAL, A., «Prólogo», en UREÑA CARAZO, B., *Derechos Fundamentales Procesales*, Thomson Reuters Aranzandi, Navarra, 2014, p. 17.
6. UREÑA CARAZO, B., *Derechos Fundamentales Procesales*. Thomson Reuters Aranzandi, Navarra, 2014, p. 270.

la puerta al «interés legítimo» y superando la anticuada concepción de «interés jurídico», propia de ciertos litigios, pero no para la generalidad de casos[7], 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 este debe ser efectivo para la protección de los derechos sustantivos[8], como establece el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, este 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 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[9].

7. *Vid.* CRUZ PARCERO, 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.
8. SCIDH: Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), Pár. 136.
9. 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.

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[10].

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[11]. Es decir, aplica para todos aquellos Tribunales que ejerzan una función de naturaleza materialmente jurisdiccional.

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 formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión[12].

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 este, debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido

10. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, cit., *supra* nota 83, Pár. 24.
11. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs, Panamá) Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C núm. 61; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas).
12. GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro núm. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.

que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida»[13]. 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 solo 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, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes»[14].

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[15]. La existencia de esta garantía «constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención»[16].

En resumen, son tres son 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

13. ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. Registro núm. 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.).
14. 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 núm. 162 163. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1105. XXXI.4 K.
15. SCIDH: Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C núm. 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.
16. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C núm. 34, Pár. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C núm. 149, Pár. 192; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C núm. 151, Pár. 131.

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.

Acerca de este último subprincipio, el Estado mexicano ha sido condenado ante la CIDH por violar este, 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)[17].

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 los 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»[18].

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, destacando en todo momento el respeto al contenido esencial:

> «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

17. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., Pár. 107-133.
18. 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 núm. 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.).

antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos»[19].

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 estos, se rige por los mismos principios del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que constituyen la continuación del proceso»[20].

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[21]. Este principio ha sido empleado por el PJF 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 formulismos 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)»[22].

19. GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro núm. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.
20. ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro núm. 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.
21. PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO. Registro núm. 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.).
22. PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS

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»[23]. Esto implica la ponderación de los grados de afectación de los actos en los que pudiesen incurrir las partes, de 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[24], y con mayor razón, cuando se trata de cuestiones que afectan la libertad personal, por ejemplo[25].

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

ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO. Registro núm. 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 núm. 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.).

23. 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 núm. 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 núm. 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.).
24. VÍA. BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ES UN PRESUPUESTO PROCESAL SUBSANABLE POR EL JUZGADOR. Registro núm. 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.).
25. ORDEN DE REAPREHENSIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE EN SU CONTRA. Registro núm. 166 345; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; Pág. 258. 1a./J. 55/2009.

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[26].

A pesar de la existencia de los criterios mencionados, la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva con todos sus caracteres no siempre ha estado presente en los criterios de la SCJN. En el tránsito hacia la consolidación de ese modelo primero se dio la negativa al mismo, a través del dictado de resoluciones relacionadas con los alcances y límites al fuero militar, ya que varias víctimas civiles habían sido perjudicadas como consecuencia de distintos actos de indisciplina castrense.

Luego entonces, el debate hasta el año 2009 había permanecido cerrado en el máximo Tribunal mexicano, al negar el acceso a la justicia a las víctimas a un debido proceso para restituir de manera integral los derechos de las víctimas. Sin embargo, el revés y apertura del Tribunal de esa nación se dio como consecuencia de la resolución en bloque de varias sentencias dictadas por la CIDH en contra de México, por haber negado la existencia de un recurso judicial sencillo, efectivo e idóneo para garantizar a las víctimas cada uno de sus derechos.

2. LA VISIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MÉXICO: LA CONCEPCIÓN «FORMALISTA»

El derecho a la tutela judicial efectiva en México ha sido una de las asignaturas pendientes con mayor demanda de los justiciables, ya que este derecho es una precondición para el ejercicio de los derechos humanos. La concepción que hemos denominado «formalista», es parte de un bloque de asuntos resueltos por la Suprema Corte mexicana que derivaron de la negativa al análisis sobre la constitucionalidad del fuero militar contenida en el Código de Justicia Militar ante la eventual militarización

26. ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro núm. 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.

de los cuerpos de seguridad en el Estado mexicano iniciada durante el sexenio del Presidente Felipe Calderón (2006-2012).

En este sentido, el máximo Tribunal mexicano se negó a resolver en un primer momento, la problemática de los límites y alcances del fuero militar, en relación con la labor interpretativa que había sido realizada previamente por la CIDH en asuntos como Almonacid Arellano c. Chile, por citar un ejemplo. El quid de la cuestión deriva en que la Corte mexicana al momento de negarse a analizar el fondo del asunto lo hace bajo un enfoque formalista del derecho de acceso a la justicia entendido como «formalidades esenciales del procedimiento»[27], sin hacer mayor labor hermenéutica para entender el contenido esencial del debido proceso, así como las variantes pro homine y pro actione de este valioso derecho fundamental.

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. A mediados de los noventa se resolvió una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba la violación al artículo 129 constitucional[28], 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 encontraban subordinados a la policía civil, siempre y cuando se diera un equilibrio entre el respeto a los derechos humanos y la seguridad pública[29].

27. FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 133. P./J. 47/95 . La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga «se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento». Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

28. 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.

29. Acción de Inconstitucionalidad 1/96.

En primer lugar, se debe 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[30]. 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[31]. Sin embargo, 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 hecho delictuosos cometidos en su contra fueran sometidos ante una autoridad investigadora civil y no militar. A esto se refiere la presente sección, a explicar la negativa de este modelo reductor del derecho de acceso a la justicia para las víctimas.

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 esta problemática del fuero militar, a la luz del principio de igualdad y no discriminación,

30. 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.

31. 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.).

haciendo énfasis en la línea evolutiva que ha tenido la jurisprudencia de la SCJN, ya 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[32].

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, y dotando de certeza al plano hermenéutico y argumentativo, a través de un análisis frontal de los principios constitucionales en conflicto[33].

De manera comparada, en España existe el derecho fundamental a un «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[34]. 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[35]:

1.° La judicialidad, es decir, la incardinación del órgano jurisdiccional que haya de conocer del caso en el seno del Poder Judicial.

2.° 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.

32. 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.

33. 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.

34. DIEZ-PICAZO, José M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 413.

35. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 279.

3.° 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.

4.° 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 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 solo 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[36]. A nivel Sistema Interamericano, los Principios

36. GOZAÍNI, Osvaldo, *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 245.

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 Magistrados por el Ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, debido a que aquellos 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).

Tal y como he adelantado en líneas anteriores, el propósito en este apartado consiste en explicar la delimitación sobre 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.

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 retén 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, 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, este 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 inconstitucionalidad 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»[37].

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 impedimento técnico para poder analizar la constitucionalidad del acto reclamado»[38], 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 esta pudiera impugnar a través del juicio de amparo cualquier acto reclamado dentro del proceso penal, ya que la participación de esta 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 esta. La Corte concluye su argumento, calificando el principal agravio de la quejosa como inoperante, debido a que la determinación de lo dispuesto

37. Amparo en Revisión 989/2009, p. 89.
38. Amparo en Revisión 989/2009, p. 94.

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, este (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.

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[39], 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

39. 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.

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 derechos de la afectada[40]. 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 solo 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 solo 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 aquel entonces. Tiempo después, el constituyente del '57 reformó el artículo 13 de la Constitución, quedando establecido que el fuero de 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

40. Voto de minoría, p. 23.

que los tribunales ordinarios ejerzan jurisdicción sobre aquellas controversias penales que versan sobre conductas delictivas ajeas al orden militar o en las que interviene en su carácter de ofendido o víctima? ¿Existe 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, es decir, 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. Se concluye 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 solo a militares por delitos militares.
>
> b) Tener solo 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.

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE UNA NUEVA NOCIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MÉXICO: HACIA UNA CONCEPCIÓN «SUSTANCIALISTA»

Una de las razones por las cuales el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido replanteado por la SCJN han sido las sentencias condenatorias pronunciadas por la CIDH sobre la investigación de diversos delitos cometidos por agentes militares en contra de civiles inocentes. 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 se expondrán 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[41]:

> 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 la desaparición de estudiantes en los años setenta, 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):

> ... 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

41. párr. 233 de la Sentencia.

mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.

> ... es inadmisible... 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[42].

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[43]. Además, 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, al respecto 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

42. párr. 273 de la sentencia.
43. párr. 297 de la sentencia.

> 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[44].

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 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 desecho 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»[45].

Hasta aquí, podemos decir que los pronunciamientos de la CIDH sobre este tema indican la postura de los votos minoritarios aquí analizados.

44. párr. 311-312 de la sentencia.
45. Versión estenográfica de la Sesión Pública de 7 de septiembre de 2010, p. 15.

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 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[46]. 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...»[47].

Por su parte, el caso Inés Fernández Ortega vs México, ese mismo órgano regional aborda otro asunto relacionado con el fuero militar. Se trata de una violación sexual cometida por miembros del ejército mexicano

46. 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».

47. SCIDH Rosendo Cantú vs México, párr. 222.

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[48]. 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[49]. 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 se encontraba relacionada con la disciplina militar, motivo por el cual el Estado mexicano fue condenado[50]. 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.

48. 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».

49. 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.

50. SCIDH Fernández Ortega y otros vs México, párr. 239-240.

Los pronunciamientos de este organismo internacional son un indicativo bastante negativo acerca de la inefectividad 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[51].

Tal y como fue advertido previamente, la declaratoria de inconstitucionalidad sobre fuero militar ha sido realizada posteriormente el 14 de julio de 2011, como consecuencia de las distintas decisiones emitidas por la CIDH (descritas en esta misma sección). 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 solo para 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 2 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[52].

Posteriormente, el 21 de agosto de 2012[53] ese 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

51. Al respecto, versión estenográfica de las sesiones de 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Caso Radilla Pacheco.
52. Párr. 40 a 43. Caso Radilla. Expediente varios 912/2010.
53. 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.

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, se considera 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.

Esta nueva concepción «sustancialista» del derecho a la tutela judicial efectiva supera el antiguo modelo *formalista*, defendido por tantos años por la Corte mexicana, permitiendo el análisis de fondo de las posibles violaciones a los derechos humanos cometidas por militares en el ejercicio de las labores de seguridad pública. Explicados estos dos modelos: formalista vs sustancialista del derecho a la tutela judicial efectiva, nos dedicaremos en el siguiente apartado al análisis de la doctrina del contenido esencial con un enfoque crítico analizando cuatro casos: el derecho a la tutela judicial efectiva con el caso Radilla Pacheco, el caso de aborto y leyes antiaborto, derecho a la intimidad y el derecho a la libertad personal con el caso del arraigo penal.

III LA DEBILIDAD DE LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA: CRÍTICA JURÍDICA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: CASUÍSTICA RELEVANTE SOBRE LA FALTA DE CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS EN MÉXICO

La selección de precedentes en el presente capítulo ha sido realizada bajo las directrices expuestas en el punto 3 del capítulo anterior. Es decir, se trata de asuntos que por su relevancia desde el plano axiológico constitucional, constituyen precedentes de una magnitud significativa en la jurisprudencia mexicana, los cuales ejemplifican la intención de demostrar cuáles han sido los principales obstáculos en ese tránsito hacia la consolidación de un modelo de contenido esencial, pero sobre todo, explicar cómo ha sido dicho proceso desde el plano argumentativo.

Se trata de asuntos relacionados con el derecho de acceso a la justicia y verdad en los crímenes políticos del pasado como la desaparición forzada, cometidos durante los años ochenta en contra de estudiantes, el derecho a la vida frente a la libertad sexual de la mujer en el caso de la despenalización del aborto, el derecho al honor de personajes públicos frente al ejercicio periodístico, y finalmente, la seguridad jurídica frente al derecho a la libertad personal como es el caso del arraigo penal en tiempos de inseguridad ciudadana y la militarización de los cuerpos de seguridad pública.

En primer término, 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, 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).

En adición a lo expuesto en el párrafo que antecede, se incluye 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 tercera parte se realiza 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. En este contexto, se plantea 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 cuyo reportaje transmitió un video sobre la agonía de su ex esposo a raíz de una cornada sufrida durante una tarde de corrida.

Finalmente se realiza un estudio sobre la libertad personal ante la seguridad jurídica de las víctimas de crímenes como secuestro y desaparición. Se trata del caso del arraigo como medida cautelar dictada en procesos penales. Cabe indicar que esta figura fue elevada a rango constitucional, lo cual trajo como consecuencia que la SCJN considerara que una medida cautelar sea posible antes de tener pruebas que indiquen la probable responsabilidad del indiciado, dicho en términos coloquiales: investigar para después detener.

Dicho lo anterior, cada uno de los casos que serán analizados son emblemáticos desde la perspectiva jurídica, con efectos negativos o positivos en el plano social y político. Conforme con la teoría del precedente judicial, algunos de estos asuntos interrumpen ciertas directrices y pautas argumentativas, en ocasiones, minimizando o volviendo nulo el contenido esencial de los derechos que estaban en colisión. Precisamente, la crítica en este capítulo tiene como objetivo demostrar que esa nulificación del contenido esencial trae consecuencias bastante perjudiciales para la labor de un Tribunal Constitucional.

Es dable lo anterior, toda vez que, si bien en el capítulo anterior hemos visto que la labor de la Suprema Corte mexicana consolida la paulatina aplicación del modelo de proporcionalidad como canon de control y regularidad constitucional para dotar de contenido esencial a los derechos fundamentales, en este capítulo se han seleccionado resoluciones que desde la óptica de la teoría del precedente judicial, constituyen oportunidades únicas para dictar sentencias fundadoras de una posible línea argumentativa para configurar el contenido esencial de los principios y derechos planteados al inicio de este capítulo.

A pesar de lo anterior, el Tribunal mexicano perdió una gran oportunidad en estos asuntos, ya que desdibuja y deja sin configuración del ejercicio de ciertos derechos a partir de casos límite, donde están en peligro los contenidos esenciales del derecho a la intimidad o privacidad (libertad

periodística), el derecho a la vida (caso de aborto y leyes antiaborto), libertad personal (arraigo penal), y derecho a la justicia sustantiva (caso de crímenes del pasado). Dicho esto, se pasará al análisis de cada uno de los precedentes apuntados.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: VACIAMIENTO DE SU CONTENIDO ESENCIAL

En México aún 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 el apartado 2.3 de la presente investigación, y dejar la anticuada visión adjetiva del mismo. Lo anterior muestra el considerable retraso y adopción 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 del Poder Ejecutivo federal de perseguir los crímenes de Estado como la desaparición forzada de estudiantes durante los años ochenta. Para alcanzar tal propósito, el gobierno creó una Fiscalía especializada para perseguir y castigar los crímenes cometidos por el Estado a finales de los ochenta y a inicios de la década de los 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 funcionaros involucrados en los mismos delitos (militares, un Secretarios de Gobernación y hasta un ex presidente), el Poder Judicial de la Federación se negó llevar a cabo las acusaciones correspondientes.

El argumento toral 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 prefirió 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 Radbruch[54] en el famoso artículo titulado «Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht», en la Revista *Süddeutschen Juristen* de la siguiente manera[55].

> 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[56]. 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 sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró nulas muchas de estas normas[57], a través de la invocación expresa de la fórmula de Radbruch.

El iusfilósofo alemán, Robert Alexy, ha replanteado la fórmula del jurista 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

54. Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por el régimen nacionalsocialista en 1933.

55. RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190.

56. 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.

57. BVerfGE 3, 58; 6, 132. Ver también: ALEXY, Robert, «Una defensa de la fórmula Radbruch», en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.º 5, 2001, pp. 75-96.

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 correción o de justicia que debe existir en el derecho[58].

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»[59]. 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.

El caso mexicano sucedió el 15 de junio de 2005, aquí la SCJN emitió su fallo en contra de la posibilidad de perseguir el delito de genocidio, en contra de los presuntos autores materiales e intelectuales de varios homicidios cometidos por un grupo paramilitar denominado «Los Halcones», y cuyo Gobierno era encabezado por el 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. Por tal motivo, se interpuso recurso de apelación en contra de esta decisión. 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[60]. Se trató de una

58. ALEXY, Robert, «Derecho y corrección» en *La institucionalización de la justicia*, *op. cit.*
59. VIGO, Rodolfo, «La axiología jurídica de Gustav Radbruch», *op. cit.*, p. 55.
60. 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

manifestación estudiantil realizada a partir de las instalaciones del Instituto Politécnico Nacional. Al llegar al suburbio estudiantil de San Cosme, los estudiantes fueron agredidos 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, bajo una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente, la interpretación del delito de genocidio[61]. 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[62]. 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,

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 Mortiz, México, 1981, pp. 304-305.

61. 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.
62. Ver la participación del Ministro Juan Silva Meza, en la versión estenográfica de 23 de febrero de 2005, pp. 26-32.

toda vez que el delito de genocidio era imprescriptible, cualquiera sea la fecha en que se hubiera cometido.

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?»[63] Aquí reside uno de los puntos básicos para comprender la dimensión del caso, sin embargo, 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, en la cual 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 al contar con 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, esta no es aplicada de igual forma cuando se trataba de normas constitucionales, lo cual perjudicaba a otros acusados (Presidente y Secretario de Gobernación). Dicho en términos jurídicos coloquiales: se trata de una aplicación «pro –retro– homine» de los derechos fundamentales, lo cual constituye una contradicción evidente, tal y como será expuesto enseguida.

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 y el Secretario de Gobernación (entre otros cargos), relativos al artículo 111 del mismo texto fundamental (28 de diciembre

63. 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, IIJ-UNAM, México, 2008.

de 1982). Por este motivo, antes de esa reforma, se le podía acusar penalmente tanto a él como al Secretario de Gobernación (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 estatalistas 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 aquel 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 reserva[64], 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.

64. 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.

En otro de los argumentos como una especie de reducción al absurdo se lo siguiente en la resolución: «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 ha sido precisado) 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. Tal y como sucedió antes, 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.

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 aquellos.

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).

Ahora bien, el caso presentado a la CIDH fue resuelto el 26 de septiembre de 2006, y sucede como consecuencia de un acontecimiento similar 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 núm. 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[65]. 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. Debido a esto, 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.

65. 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[66]:

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».

Se coincide con tal argumento, 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»[67]. Sin embargo, mayoría de los integrantes de la Primera Sala consideraron lo siguiente:

> 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 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

66. «Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad», en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IIJ-UNAM, México, 2008. pp. 236-237.
67. SILVA GARCÍA, Fernando, «El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio vs irretroactividad de la ley?» en *Cuestiones Constitucionales, op. cit.*, p. 245.

> 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.

3. EL DERECHO A LA VIDA: VACIAMIENTO DE SU CONTENIDO ESENCIAL

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[68].

68. 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.

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 en un sacrificio inexigible, es decir, la posibilidad de que esta pueda ser utilizada como un medio para obtener un beneficio apreciable para otros»[69].

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. Lo anterior 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.

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

69. BverfGE 39, 1 de 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, de 28 de mayo de 1993.

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.

En esta sección se analizan 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.

El veintiocho de agosto de dos mil ocho, 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, la Suprema Corte de Justicia de la Nación 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[70], 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 solo se sancionará cuando se haya consumado.

70. 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.

> Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de esta, 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.

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, aun 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 promocionarla 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 perjudicaban, 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 anterior implica, desde nuestra perspectiva, 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, 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 promocionarla 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 nuestra perspectiva, la resolución no debió tratar de justificar 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. Para concluir esta posición, 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. Por tanto, 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[71].

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.

71. 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.*

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 la mujer, además de violar su derecho fundamental a la sexualidad libre y responsable.

En adición a esto, se trata de dotar de contenido esencial el derecho de la libertad sexual 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 aquellas. Posteriormente, existe 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 solo 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 libertae 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 Anguiano[72], Mariano Azuela Guitrón y Guillermo Ortiz Mayagoiitia. 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.

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

72. 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 bebé.

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.

Ahora bien, tratándose del caso alemán, la primera sentencia del Tribunal Constitucional germano se trata de la despenalización del aborto dentro del primer trimestre de gestación, esta 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 218a
>
> 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 Democratacristiana. 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 de 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[73].

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 valores elementales

73. Ver párrafos 147 a 148 de la sentencia.

de la vida comunitaria, dado que precisamente la norma penal debería constituir la última ratio dentro del instrumento del legislador[74].

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 aquellos 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[75].

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.

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).

74. Ver párr. 154-159.
75. Ver párr. 160.

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)[76].

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 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[77].

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)[78]. 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[79]:

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

76. Párr. 144-149.
77. Parr. 154-156.
78. Párr. 153.
79. Párr. 158.

solo 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.

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[80]. De acuerdo a lo anterior, la asesoría deberá prescindir de una excusa absolutoria fundada en el *estado general de necesidad*.

En este 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[81].

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).

Uno de los planteamientos que estuvo ausente en la resolución de la SCJN explicada en la sección anterior es el criterio extraído de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, donde se reconoció el

80. Párr. 191.
81. Párr. 194.

derecho a la vida del producto de la concepción. El problema de las leyes antiaborto plantea un gran desafío para la SCJN. 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 esta. 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 madre[82].

Otra regla que han empleado los mencionados órganos constitucionales ha sido precisamente aquella 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.

82. 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.

Por otra parte, se ha suscitado un intenso debate como consecuencia 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 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[83].

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)*[84]. Al respecto, cabe precisar 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.

83. 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.

84. 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).

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[85].

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 adelante. Sin olvidar los precedentes resueltos recientemente por el Tribunal Constitucional mexicano en el año 2011, sobre

85. 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 de la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Esta acción la discutiremos en el siguiente apartado.

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 se ha 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.

En este apartado serán analizadas las resoluciones que forman parte de las reformas a las Constituciones de las Entidades federativas donde se amplía el contenido esencial del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Estos medios de impugnación corresponden relativamente a las acciones de inconstitucionalidad, identificadas con las claves 11/2009 y 62/2009 se evadió de nueva cuenta el problema de fondo. Estos asuntos consisten en la demanda en la que se planteaba la inconstitucionalidad a los artículos 7.° 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, se tendría que reconocer la 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[86]:

- 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.

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

- 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. Aunque existen posturas encontradas sobre la posibilidad de tener al niño y que el Estado se encargue de darlo en adopción.
- 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 esta 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 violatorias del contenido esencial del derecho a la libertad sexual de la mujer, en su vertiente del 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, por tanto, 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 ello anula el contenido esencial de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad de la mujer.
- 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 Nación[87], por lo cual, seguiremos aguardando con ansias el desenlace de estos casos trágicos ante la insuficiencia de agravios en las demandas que impugnan dichas leyes, o ante la insuficiencia de argumentos que justifiquen buenas decisiones.

4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: VACIAMIENTO DE SU CONTENIDO ESENCIAL

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[88].

87. 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».

88. 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.

La SCJN 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 modalidades, entendidas estas no como en un principio, en sentido literal (imprenta), 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 imprenta 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 solo 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 imprenta[89].

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».

89. LIBERTAD DE IMPRENTA. 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.

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 de aquellas y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, de suerte que no se justifica su imposición[90]. 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[91].

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 valor personales que no son formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque

90. CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN SU ARTÍCULO 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.

91. PANTALEON, Fernando, «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, *op. cit.*, pp. 209-218.

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»[92].

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 establecer que el derecho al honor prevalece sobre el de la libertad de expresión acorde a la SCJN, son los siguientes.

> 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[93].

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,

92. STC 105/1990.

93. 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.

en este caso, relacionado con los delitos de libertad de expresión[94]. 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 aquellas, 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[95]. 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 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[96].

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.

94. 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).

95. Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C núm. 177, *supra* nota 41, Pár. 78. *Vid.* Amparo en Revisión 2676/2003. Primera Sala de la SCJN. 5 de octubre de 2005.

96. Ídem.

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.

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, 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[97].

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 núm. 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

97. Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Primera Sala.

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 núm. 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 narraba 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, la sentencia se encuentra debidamente motivada.

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 se adelantaba, resulta imprecisa la ponderación realizada en un principio en torno a los bienes o valores constitucionales en conflicto. Ello, debido a que 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.

Aunado a lo anterior, 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», método que no se advierte por ninguna parte de la resolución, concluyéndose de manera imprecisa lo siguiente.

> 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 una perspectiva de reducción al absurdo, bajo la posición que asume la SCJN, un afectado (del derecho al honor o intimidad) por la información de un medio de comunicación tendría la obligación de replicar sin haber dado pie a ello, los argumentos de un juicio de valor formalmente injurioso. Se precisa lo anterior: ¿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?[98]

Además, la resolución tampoco contiene la supuesta medición de la magnitud o intensidad en 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.

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, los datos proporcionados en la publicación en nada ayudan a fomentar el debate público ni a la formación de una opinión que

98. 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.

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, por tanto, ello deriva en lesionar el derecho al honor constituye en igual medida, un agravio a las libertades concedidas en una sociedad democrática, tal y como se advierte en el siguiente párrafo.

> 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 aquella.

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*.

Clarificamos lo anterior, esa cuestión de fondo se evade con el 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, los planteamientos 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.

Asimismo, 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.

Por otro lado, se encuentra la sentencia del TCE 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, esta 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).

Es notable la confusión en 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 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.

Es decir, 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, no se analizó en qué 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.

5. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: VACIAMIENTO DE SU CONTENIDO ESENCIAL

La filosofía de la ilustración trajo consigo aportes fundamentales para la actual concepción del Estado de Derecho y el moderno Estado Constitucional. Esta idea tuvo una enorme influencia de las distintas corrientes iusnaturalistas del siglo XVII en Inglaterra[99] y el aporte de

99. PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo», Cap. I, vol. I, T. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, VV. AA. PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, *et. al.* (Coords.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss. Para algunos autores, la corriente del siglo XVIII de la ilustración jurídica de la Europa continental, presenta características muy similares a la ilustración jurídica que se presenta en Bretaña durante el siglo XVII y posteriores. «La idea de que la tarea de los jueces consiste en interpretar la ley mediante su aplicación, reservando la tarea de su creación en otras instituciones, y la defensa del valor de certidumbre del Derecho ya se estaban configurando en el siglo XVII». DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, «La Ilustración británica», en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Cap. III, vol. I, tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 297.

las distintas versiones de la filosofía contractualista[100]. De esta forma, los ciudadanos reconocían al Estado como el protector de esos valores y principios fundamentales para la necesaria y pacífica convivencia en sociedad. Con el paso del tiempo, esos valores se convirtieron en los derechos a tutelar por antonomasia en las Cartas Fundamentales, y que incluso, siguen existiendo hasta la actualidad, tales como la vida, la dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, la igualdad, la libertad y la propiedad.

Desde esta perspectiva, la ilustración tuvo también una enorme repercusión en el derecho penal, ya que se abordan temas esenciales relacionados con los límites imponibles y permisibles a los derechos fundamentales a través del poder punitivo o ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Uno de los principales representantes de la ilustración italiana, CESARE BECCARIA, defendía la propuesta de la intervención del Estado a través de su facultad coactiva para la represión de conductas tendientes a dañar los bienes jurídicamente tutelados, en este punto es donde sustentaría su idea de un derecho penal mínimo. La tesis sostenida por los partidarios de la ilustración fueron básicamente los siguientes[101]:

> Plena secularización del derecho y de las instituciones políticas, no solo en el sentido de una emancipación de la teología y, por tanto, de un abandono de la tradicional ecuación entre delito y pecado, entre pena y penitencia, sino también en el sentido de concebir a esas instituciones como un puro artificio humano, como una construcción deliberada de los individuos y no como la manifestación de la voluntad divina o de algún misterioso designio histórico.

De igual manera, destaca como un logro primordial, el establecimiento y consagración del principio de legalidad como límite al propio legislador, a través de la precisión, claridad y taxatividad de los tipos

100. La teoría del contrato social nace a partir de las ideas del filósofo inglés Thomas Hobbes, quien partía de la idea de una visión negativa de la naturaleza humana, explicando que el fin del Estado se reducía a brindar seguridad a cambio de que los individuos cedieran cada uno de sus derechos y libertades a un órgano artificialmente creado al que denominó Leviatán. Para algunos teóricos, la teoría del contrato social podemos sistematizarla en tres procesos, los cuales son los siguientes: la *teoría del contrato social absolutista, la liberal y la democrática*. Del lado de la versión absolutista se hallan pensadores como: H. Grocio, S. Pufendorf, T. Hobbes, y B. Spinoza, por otra parte, John Locke representa la teoría del contrato social liberal, concluyendo con Immanuel Kant y Rosseau, dentro de la teoría del contrato social democrático. FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, «La aportación de las teorías contractualistas», en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 21.

101. GREPPI, Andrea, «La ilustración italiana», Cap. IV, vol. I, tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 349.

penales. La consagración del moderno Estado de Derecho retomó cada uno de estos principios, lo cual logró ser plasmado en los principales textos fundamentales de los tres principales modelos o paradigmas de derechos humanos: el inglés, el americano y el francés. Durante el siglo XX, el excesivo culto al positivismo jurídico convertido a formalismo jurídico, condujo a la experiencia de los regímenes totalitarios, como el nacionalsocialismo y el fascismo, ocasionando sin duda alguna, una de las crisis del Estado de derecho más severas de la historia, pues ya no era suficiente cumplir con la legislación positiva, sino que era necesaria la satisfacción del principio de justicia material, así como la concepción de derechos fundamentales a partir de un orden objetivo de valores[102].

Actualmente el garantismo penal es heredero de la tradición ilustrada a la que hemos hecho referencia líneas arriba. La idea básica que dilucidaremos en el presente apartado, son los límites constitucionales que pueden ser impuestos al legislador o a los operadores jurídicos, al momento de aplicar la legislación vigente. Tal supuesto lo representaría por ejemplo, el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en la imposición de límites a los derechos y libertades fundamentales, a partir de la tipificación de conductas a través del aparato coercitivo del Estado o el establecimiento de tipos penales por el legislador. De esta manera, la idea de reforma constitucional en materia penal entonces, involucrará el cumplimiento de los requisitos antes apuntados.

Uno de los principales expositores del modelo del garantismo penal, el italiano Luigi Ferrajoli, ha interpretado este modelo a partir de la concepción de un derecho penal mínimo, donde se establezcan las garantías necesarias para mantener el equilibrio entre seguridad y el respeto a los derechos fundamentales en el proceso penal. De tal forma, el modelo garantista presenta diez condiciones, límites o prohibiciones como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, ante el modelo autoritario de derecho penal:

> No admitir la imposición de alguna pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión de la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad

102. HESSE, Konrad, «Significado de los derechos fundamentales», en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Pina), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, pp. 83 y ss. *Vid.* ALEXY, Robert, «Justicia como corrección» en SEOANE, José Antonio (ed.), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 55-67.

> de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos[103].

Este modelo pretende establecer límites desde dos planos: uno procesal y el otro sustancial. El derecho penal mínimo seguirá entonces los parámetros de la racionalidad y certeza, teniendo como función primordial que las intervenciones a la vida de los gobernados puedan ser en cierto modo previsibles y estén motivadas conforme a derecho. Entonces, el derecho penal mínimo se explica a partir del principio de lesividad, el cual señala que «la conducta objeto de reproche genere efectivamente un daño tangible para el bien tutelado, que implique una lesión para terceros»[104]. La intervención del derecho penal estaría justificada entonces, cuando supere los siguientes pasos argumentales:

> Existencia de un bien digno de protección e idoneidad de la reacción penal, necesidad de dicha reacción como opción menos gravosa para alcanzar con eficacia la tutela que se procura y, por último, balance razonable entre los inevitables costes de toda pena y los beneficios que pretenden alcanzarse con ella o, como suele decirse, principio de proporcionalidad en sentido estricto[105].

El garantismo entonces, debe procurar la satisfacción de ciertas garantías y derechos básicos durante el proceso penal. Ejemplo de ello lo constituye el respeto al debido proceso y todo lo que este implica, como el derecho a ser oído ante un juez imparcial, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a aportar pruebas para defender la inocencia, el principio de presunción de inocencia, derecho al juzgamiento en un plazo razonable, el derecho a que las sentencia en la que se establezca la pena se encuentre debidamente motivada (principio de razonabilidad) así como la ejecución de la misma, derecho a recurrir la sentencia, entre otros más[106]. Por otra parte, la ejecución del proceso penal debe seguirse conforme a ciertos principios técnicos, propios de un sistema acusatorio, tales como la oportunidad, la publicidad, la oficialidad, la inmediación, la inmediatez, la oralidad, la contradicción y defensa, de libre valoración de la prueba y la contradicción[107].

103. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, pp. 104-105.
104. PRIETO SANCHÍS, Luis «La limitación constitucional al legislador penal», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 271.
105. *Ibid.*, p. 272.
106. ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.
107. *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004; HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 2004.

Ahora bien, líneas atrás abordamos el punto de la intervención mínima del Estado a través del derecho penal. Sin embargo, debemos realizar ciertas precisiones relacionadas con la protección de los bienes tutelados y la necesidad de encontrar criterios efectivos que nos permitan determinar el balance razonable entre pena y lesión a los bienes jurídicos tutelados. Durante la última parte del siglo pasado se ha discutido si el empleo de los principios de proporcionalidad y ponderación por el legislador y los operadores jurídicos, como instrumentos para establecer los límites permisibles de restricción a los derechos fundamentales a través de la creación legislativa o el dictado de sentencias es legítimo y racional. Hasta ahora, países como Alemania, España, Colombia, Perú y otros más, emplean estos instrumentos para el control constitucional de los tipos penales y la imposición de sanciones.

De igual manera, los derechos fundamentales representan por antonomasia, lo constitucionalmente posible, mientras que lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consistirá en prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo a la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Entonces, concluye, BERNAL PULIDO, que lo constitucionalmente posible, es «aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, es decir, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva de la democracia»[108].

Los anteriores criterios tienen íntima relación con el núcleo o cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta cláusula se refiere directamente a la esencia por medio de la cual un derecho adquiere sentido. Conforme a criterios doctrinales, 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 y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas[109].

108. *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, «El principio de proporcionalidad en la legislación penal», en *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 129.
109. DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

En resumen, el contenido esencial del derecho fundamental es respetado cuando la limitación se encuentra justificada, el límite es constitucionalmente correcto cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. De esta forma, el legislador únicamente puede establecer restricciones en la parte accesoria del derecho fundamental[110]. Asimismo, también existe el principio de protección deficiente *(Untermaßigverbot)* consiste, o se desarrolla a partir del supuesto en que las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones a estos derechos. De tal forma, una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental, «vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad»[111].

Ahora bien, tal y como fue precisado en el preámbulo del capítulo 1 de la presente investigación, la CPEUM tiene una extensión bastante considerable en lo que se refiere al vasto contenido de reglas y principios contenidos en ella, dado que no expresa contenidos mínimos, sino que en ocasiones pretende regular al máximo incluso conductas. He ahí el principal problema de la reforma constitucional en materia penal, que desde nuestra perspectiva, dificulta el empleo de criterios objetivos y razonables para establecer cuando una norma satisface los criterios de proporcionalidad y razonabilidad antes descritos, ya que esto implicaría declarar inconstitucional un mismo precepto constitucional. Uno de los ejemplos que habremos de abordar en líneas subsecuentes es la figura que se analiza aquí, denominada arraigo penal, que puede prolongarse por incluso 80 días. Tomando en cuenta que es la Constitución la que limita el derecho fundamental y el marco de un sistema «garantista» de corte acusatorio y que pretende la oralidad; y más aún, que se trata de una «medida cautelar», en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad del indiciado, esto podría contrariar de manera abierta los principios de presunción de inocencia en el marco del debido proceso, pero que sin embargo, esa reglamentación la establece la misma Constitución. Por otra parte, el problema de la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el texto fundamental podemos hallarlo en lecturas como la de Otto Bachof, quien planteaba que existen principios fundamentales

110. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

111. BERNAL PULIDO, Carlos, «El principio de proporcionalidad en la legislación penal», en *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 142.

que incluso el constituyente permanente tiene la obligación de respetar, entre los que se encuentran los bienes y valores jurídicos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad[112].

El populismo punitivo que sigue hoy en día el Estado mexicano se encuentra amparado en los alarmantes índices de violencia que se generaron desde hace más de una década como consecuencia del fenómeno del crimen organizado y la inestable situación política que imperaba en el país. El arraigo penal es un elemento ejemplificativo de esta vorágine penal situada en lo que podría reconocerse en términos del distinguido profesor Günther JAKOBS, como derecho penal del enemigo, quien ha expuesto la necesidad de tutelar ciertos bienes jurídicos bajo condiciones de excepcionalidad[113]. Dicha excepcionalidad[114] juega un papel preponderante para el estudio de la figura del arraigo, ya que los enemigos del Estado serían los factores principales para justificar una política criminal punitiva en exceso y la creación de figuras sin apropiados controles judiciales.

En contraste con lo anterior, se analizará posteriormente un asunto planteado ante el TCE, donde, a diferencia del asunto de la Corte mexicana, decidió realizar un canon de proporcionalidad, para determinar si las pruebas obtenidas a partir de una intervención telefónica resultaban ilegales o no, siendo ello 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.

Es preciso apuntar que no fue posible encontrar un caso similar al mexicano, ya que en los países donde se ha reconocido la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, las Constituciones operan bajo cláusulas de excepcionalidad, o de suspensión de garantías a los derechos. El caso mexicano no resulta ser de esa forma, el legislador decidió modificar la Constitución sin introducir alguna clase de excepcionalidad, mucho menos de controles legislativos o judiciales, lo cual resulta altamente

112. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

113. JAKOBS, Günther, «Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico» *en Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324; «Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad», Civitas, Madrid, 2004, p. 27. Günther JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Thomson, Madrid, 2003, p. 42-43; Günther JACOBS y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 1ra. ed., Madrid, 2003, p. 94.

114. SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución* (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución), Tecnos, Madrid, 1983, p. 190, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 150.

preocupante y arbitrario desde la pretendida óptica garantista que se pretendía inicialmente con la reforma penal de 2008.

En la exposición de motivos de la reforma penal motivo de análisis se afirma que el narcotráfico se ha convertido en un *enemigo* para el país[115]. La realidad imperante en la actualidad del país solo ha demostrado una y otra vez el amplio campo de maniobra que el crimen organizado tiene en términos de impunidad. En 1996, Ernesto Zedillo expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), donde se planteó una política criminal alternativa y novedosa para asegurar una actuación eficaz en cuanto a la investigación, persecución y juicio de un enemigo de tal magnitud. Por estos motivos, una serie de excepciones a las –entonces llamadas– garantías individuales, se harán presentes como repuesta a la imposibilidad práctica en el combate de desmembrar las intrincadas organizaciones criminales.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Federal de ese entonces presentó una iniciativa de reforma a la Ley Federal de Delincuencia Organizada, colocando como prioridad, la caída del crimen organizado de las posiciones de poder que habían sido obtenidas en los últimos años vía convenios de las Fuerzas Armadas de la federación con las unidades locales, incrementando también los salarios de las fuerzas civiles y militares, además de iniciar reformas sustanciales que dieran soporte a los cambios estructurales que vivía el país. De esta manera, el Estado adoptó paulatinamente una política criminal de Estado agresiva, buscando alcanzar una eficacia en la persecución de delitos del crimen organizado y de este modo se justificar la vulneración o limitación de ciertos derechos fundamentales en aras de la protección y la seguridad nacional. El asunto se analizó la inconstitucionalidad del artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales establece que:

> a) la solicitud de arraigo la debe realizar el Ministerio Público; b) la que debe ser resuelta por la autoridad judicial tratándose de delitos graves, siempre que sea 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; c) y en caso de decretarse, se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

Por su parte, el artículo segundo transitorio del decreto que reformó el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales publicado

115. Secretaría de Servicios Parlamentarios, *Cuaderno de apoyo, Reforma Constitucional en material de justicia penal y seguridad pública*, México, D.F., junio de 2008, http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf.

en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de enero de dos mil nueve estableció:

> «[l]o dispuesto en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales estará vigente hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal acusatorio a que se refiere el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008».

Asimismo, el artículo 16, párrafo octavo y noveno de la CPEUM determinó en este sentido:

> La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea 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. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.
>
> Por delincuencia organizada se entiende 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.

El propio artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional publicada el dieciocho de junio de dos mil ocho, establece por otra parte lo siguiente:

> Artículo décimo primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.
>
> Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

La sentencia inicia con el análisis del arraigo advirtiendo que se trata de un análisis de un artículo del Código Penal federal a la luz de una restricción establecida en la propia Constitución federal de manera idéntica. Es decir, los requisitos y condiciones de la limitación al encontrarse

expuestos expresamente en la misma convierten al análisis de constitucionalidad en la verificabilidad de los presupuestos materiales en formales. Esta premisa mayor acaba con cualquier contenido esencial que se estime vulnerado, ya que traduce la posibilidad de nulificarlo si así lo estima el Constituyente permanente. Incluso, el proyecto original avalaba la constitucionalidad, pero confrontando las normas y citando precedentes de la CIDH sobre restricción a la libertad personal. En cambio, la sentencia aprobada evade el conflicto de fondo, nulifica por completo el contenido esencial y acaba con la posibilidad de someter a un escrutinio constitucional su impugnación, convirtiendo al juez en un ente mecánico que se dedicará únicamente a verificar si se satisfacen o no los requisitos configurados en la propia Constitución, por las razones que expondremos a continuación[116].

Dicho en términos más simples: el arraigo es válido porque está en la Constitución. Está concepción típicamente formal encierra dos problemas sumamente graves. El primero consiste en tratar de dar coherencia, unidad y plenitud (valores del positivismo jurídico) a la Ley Fundamental aun cuando las normas aprobadas por el legislador sean altamente cuestionables a nivel convencional, pero sobre todo, cuando las figuras penales forman parte de un derecho penal del enemigo y su empleo ha implicado abuso de parte de las autoridades federales como una regla y no como excepción.

La segunda de las cuestiones tiene que ver con la manera en que se configuran los límites al derecho a la libertad personal en materia penal. La SCJN confunde claramente los presupuestos para el ejercicio de un derecho con el establecimiento de sus límites, desnaturalizando así el contenido esencial. Es patente el hecho que el legislador en este caso concreto introdujo la figura del arraigo en el artículo 19, debido a que el Tribunal mexicano declaró en su momento la inconstitucionalidad de la figura, tal y como consta en el Diario de Debates del Congreso. En su momento, la figura del arraigo establecida para las Entidades Federativas había sido declara inconstitucional, ya que violaba el derecho a la libertad personal (acción de inconstitucionalidad 20/2003). Tiempo después, también se afirmó que los Poderes legislativos locales no contaban con facultades para legislar sobre la figura del arraigo (acción de inconstitucionalidad 29/2012)[117].

116. AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1250/2012. Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión correspondiente al día catorce de abril de dos mil quince, párr. 121.

117. «ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL», «ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN». Y «ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, NO HABILITA A LOS CONGRESOS LOCALES A LEGISLAR SOBRE AQUÉLLA FIGURA, CON POSTERIORIDAD A ESA FECHA».

Existen dos posturas antagónicas entre los ministros que integran el Pleno en la SCJN. La primera, que establece que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos como la CADH o el PIDCP forman parte de un bloque de convencionalidad que también forma parte del derecho interno. En tanto que, la segunda postura conformada por otra mayoría determina que estos instrumentos internacionales (convencionalidad) están sujetos a los límites y restricciones que la propia Constitución federal establece. En síntesis, la mayoría en este caso concreto decidió establecer que el arraigo, al tratarse de una figura consagrada expresamente en la Constitución, donde se restringe la libertad personal de una persona que aún no ha sido sometida a un proceso penal ni acusada formalmente, sino que tiene efectos precautorios (medida cautelar), permite a la autoridad investigar sin que el detenido tenga la posibilidad de evadir la acción de la justicia durante un periodo no mayor de 80 días (§ 148).

En la sentencia se advierte que los únicos supuestos configuradores para la restricción a la libertad personal de acuerdo a la CPEUM son los siguientes: a) la comisión flagrante de un delito, b) en casos urgentes tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, c) orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, d) auto de formal prisión dictada por el juez de la causa; e) arresto hasta por treinta y seis horas por infracción a reglamentos gubernativos y de policía y f) arraigo penal de hasta 80 días (§ 150).

El argumento contiene una falacia lógica de petición de principio, ya que la respuesta a cualquier configuración de límites o restricciones a cualquier derecho, en tanto se encuentren en la Constitución serán válidos y aceptados, por el solo hecho de estar contemplados en la misma. A pesar de que el Pleno precisa que no se trata de un criterio de jerarquía normativa, en el fondo sí lo es, ya que el hecho de esta contemplado en la Carta magna impide cualquier análisis de fondo para contrastar el contenido de

la norma con lo estipulado en un Tratado Internacional o en precedentes dictados por la CIDH.

Sin más, en la resolución se declara la constitucionalidad del precepto, sin realizar un análisis material de la norma en relación con los criterios de convencionalidad que pudieran limitar la libertad personal. Se concluye que en el caso concreto: «no procede realizar un ulterior estudio de la norma impugnada, pues, se insiste, el legislador recogió fielmente el texto de la Constitución que contiene la restricción expresa a los derechos humanos, por lo que no existe un desarrollo reglamentario que pueda analizarse en sus méritos» (§ 160 a 162).

La sentencia tiene cuatro votos particulares y dos votos concurrentes. Cabe señalar que por unanimidad, los criterios disidentes contienen como premisa mayor el criterio que ha sido adoptado por la Primera Sala de la SCJN después de la contradicción de tesis (293/2011), el cual establece que los instrumentos internacionales pueden servir de parámetro de regularidad para analizar la convencionalidad de las normas, aun cuando estas sean idénticas o similares a las establecidas en la propia Constitución (en el caso concreto se trata de una transcripción de lo establecido en un Código Penal y la Constitución federal).

El voto particular de la ministra SÁNCHEZ CORDERO propone que el análisis de regularidad constitucional se dé a través de un juicio de ponderación, análisis de proporcionalidad en sentido estricto o de razonabilidad (es decir, verificar si dicha limitante es admisible, necesaria y proporcional). En tal sentido es necesario precisar que, el ejercicio de un derecho configura las condiciones para que el mismo se realice dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, en tanto que un límite se constituye como un obstáculo para la realización del mismo que merece ser analizado bajo un canon más estricto, trayendo los diversos instrumentos internacionales que protegen también la libertad personal.

Lo anterior resulta determinante, ya que de acuerdo a lo establecido por la CIDH acerca de la figura más similar al arraigo (prisión preventiva), el mencionado órgano regional ha determinado: «Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad»[118]. En ese sentido, el arraigo establecido a nivel de las Entidades federativas (local) no

118. 44 CIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N.° 170, párr. 89-93.

fue declarado inconstitucional por no estar en la Constitución, en cambio, se le ha declarado como violatorio de los artículos 11, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Carta Magna, así como del 5 y 7 de la CADH, con ellos, la libertad de tránsito y el derecho a no ser molestado, así como violación al debido proceso toda vez que el plazo de detención es –por mucho– mayor a setenta y dos horas, además de su afectación a la libertad personal[119].

Asimismo, es también posible establecer que a pesar que la averiguación previa no arroja aún datos que conduzcan a establecer que en el ilícito al que se pudieran referir tenga probable responsabilidad penal, se ordena la privación de su libertad personal por determinado plazo (40 días), sin que medie ningún auto de formal prisión en el que se le informen los detalles del delito que se le imputa, ni se le da la oportunidad de ofrecer pruebas a su favor, con lo que se vulnera el artículo 20 constitucional, fracción I, la cual prescribe la presunción de inocencia, en conformidad con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 84 (2); y la fracción III, la cual conviene con el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto al debido proceso; este último precepto establece también el aseguramiento con todas las garantías necesarias para su defensa, lo cual es vulnerado al no poder la persona arraigada acceder a un abogado defensor ni presentar pruebas en su beneficio.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, se establece el principio pro-persona y la interpretación conforme en el artículo 1.° como pautas imperativas en aras de la promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos, lo cual significa la obligatoriedad de interpretarlos a la luz de la Constitución, y además, de los tratados internacionales de los que México es parte, al ser estos una extensión de lo previsto en esta Ley Fundamental,

119. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. P. XXIII/2006, (TA), 9.ª Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, p. 1171; ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO. I.4o.P.18 P, (TA), 9.ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito., S.J.F. y su Gaceta, p. 828; 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. P. XXII/2006, (TA), 9.ª Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, p. 1170; ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO. I.4o.P.18 P, (TA), 9.ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito., S.J.F. y su Gaceta, p. 828; ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. 1a./J. 78/99, (J), 9.ª Época, 1.ª Sala, S.J.F. y su Gaceta, p. 55.

en concordancia con el artículo 29 de la CADH. En cuanto al principio pro-persona, este es un criterio hermenéutico que impone el deber de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, respecto a los derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a los derechos.

La incompatibilidad de la figura del arraigo con los modelos garantistas –a los que todo Estado de Derecho debe aspirar– es por demás palpable, pues no crea una base lo suficientemente sólida y coherente para ser defendida. La exposición de motivos de Felipe Calderón Hinojosa a la reforma del artículo 16, publicada, en el 2008, respecto al arraigo, no señala ningún argumento de peso para la restricción a los derechos involucrados; por lo que se puede concluir que la decisión de añadirlo al texto constitucional, fue precisamente, porque la SCJN la señaló como inconstitucional sin dar más explicaciones al respecto en la Exposición de Motivos. El Comité contra la Tortura, en sus Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, observa con preocupación la elevación a rango constitucional de la figura del arraigo por las diversas denuncias de actos de tortura y malos tratos a personas arraigadas[120].

Del mismo modo, la política criminal encaminada a reaccionar a un estado de emergencia es inconstitucional e inconvencional. Para que se consolide un estado de emergencia, se debe pasar por un proceso especial a fin de que no se haga mal uso, precisamente, de este estado en provecho de intereses que no son los del bien común, conforme al artículo 29 °Constitucional, y 27 del Pacto de San José. El caso Brandeburg de 1969 en Estados Unidos ayuda a comprender que «entre más remoto sea el daño, menos es la probabilidad de que se materialice y mayor la oportunidad del gobierno de tomar otras medidas». En vista de la situación de combate al crimen organizado, el tiempo que ha tenido el arraigo en los ordenamientos federales y estatales, así como su muy reciente inclusión al texto Constitucional, demuestran que su efectividad en los primeros no dio los resultados esperados; sin embargo, este mismo tiempo que se ha tenido desde antes de su «constitucionalización» sería suficiente para buscar alternativas y suprimir la necesidad de recurrir a esta práctica, que ni siquiera ha demostrado ser una medida efectiva en el combate a la delincuencia organizada, y en cambio, sí se ha demostrado su violación a preceptos constitucionales.

120. Comité contra la Tortura, ONU, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptada por el Comité en su 49.° período de sesiones. 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012, p. 4.

La CIDH, al resolver de fondo el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, indica que existe una «obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva»[121]. Por ello, en el caso del arraigo, urge aclarar que, como medida cautelar llevada a la práctica, se materializa en medida punitiva, en la medida en que, si en su caso se le encuentra culpable de algún ilicito a la persona que se encontraba bajo arraigo, el tiempo en cuestión será «abonado» a su sentencia penal[122]. A pesar de ser una medida cautelar, la realidad indica que se transgrede el principio de presunción de inocencia, pues si hay características o situaciones a las que se le impone a uno y no a otro, donde las características propias de las penas se imponen a una persona a la que no se le ha demostrado su participación en ningún delito al no tratar a la persona en consecuencia, sigue siendo restringido de sus derechos sin sentencia alguna[123].

En igual sentido, es criticable el criterio sostenido por el Poder Judicial de la Federación que tiene un nivel de inexactitud muy alto, al afirmar lo siguiente: «(...) al evitar la sustracción de la persona señalada como probable responsable de hechos posiblemente constitutivos de delito, (...)» esto solo corrobora la incapacidad de investigación pues, ni siquiera, se han encontrado como delito los hechos que se le «imputan»[124]. De este modo, se configura una detención arbitraria, acorde a la CIDH en el Caso Tibi vs. Ecuador, la prisión preventiva (lo más parecido a aplicarse al arraigo de manera analógica y conforme a la misma interpretación de la tesis presentada) es arbitraria cuando: (i) No existen indicios suficientes para suponer

121. CIDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C núm. 206, párr. 121; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C núm. 114, párr. 180; Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C núm. 35, párr. 77.

122. ARRAIGO. AUN CUANDO LA RETENCIÓN DEL INDICIADO SEA CON MOTIVO DE LA ORDEN DE DICHA MEDIDA, EN TÉRMINOS DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 16.

123. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 84.2 (1995) el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988.

124. ARRAIGO. CONSTITUYE UN SOLO ACTO DE TRACTO SUCESIVO, PUES LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO CONCEDIDO (HASTA CUARENTA DÍAS) DE LA PETICIÓN INICIAL NO ES UN ACTO DIVERSO Y TIENE UNIDAD DE PROPÓSITO O FINALIDAD PERSEGUIDA CONSISTENTE EN IMPEDIR QUE EL INDICIADO SE SUSTRAIGA DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA. Tesis 166500. I.4o.P.44 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Septiembre de 2009, Pág. 3095.

que la persona imputada es autor o cómplice del delito –donde ni siquiera se ha demostrado la existencia de este–. (ii) No se puede probar su necesidad (iii) Se aplica durante un período excesivamente prolongado, y –por lo tanto– desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida[125].

Respecto a la prolongación temporal, y tomando de ejemplo otro criterio del Poder Judicial de la Federación (PJF) se define en esta que el arraigo civil se limita a que el arraigado no se ausente del lugar donde se encuentra radicado el juicio o salga del país, en tanto no deje apoderado suficientemente instruido y expensado, pero, contrario al arraigo penal, sigue disfrutando de su libertad de tránsito. En un arraigo civil ya está comenzado un juicio civil en contra del arraigado; en el caso penal, no existe siquiera la certeza de la comisión de un delito, mucho menos de la participación del arraigado en él, por lo que no solo la restricción exhaustiva resulta excesivo, sino que el tiempo es claramente desproporcionado a los hechos[126].

En palabras de García Ramírez «es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud y exceso ritual»[127]. Ninguna excusa procesal debiera afectar negativamente los derechos del individuo. En este mismo orden de ideas, el PJF toma en cuenta para determinar el plazo razonable lo siguiente: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y, d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[128]. Ahora bien, en cuanto al hecho de que existe un plazo máximo de privación de la libertad en el arraigo, la CIDH ha concluido que:

> La fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la Convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar

125. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr. 107.
126. SCIDH. Valle Jaramillo y otros v. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente, 27 de noviembre de 2008, párr. 6.
127. García Ramírez, Sergio, Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente, 27 de noviembre de 2008, párr. 6.
128. PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis 2002350. I.4o.A.4 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Pág. 1452.

> en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido[129].

En este sentido, no debe equipararse el concepto de «arbitrariedad» al de «contrario a la ley»[130], sino que debe interpretarse de la manera más amplia para no excluir los elementos que incurren en violaciones a los derechos fundamentales de las personas por la injusticia, ineficacia, incorrección y falta de certeza jurídica que las autoridades concurren a crear alrededor de la detención. Además, es importante puntualizar que el permitir la existencia de políticas arbitrarias donde se faculta al Ministerio Público a la detención de personas a pesar de no existir delito alguno, se basan en el muy subjetivo criterio de ser «sospechoso», el cual fomenta la discriminación en base a estereotipos y ponen en riesgo la seguridad de las personas al someterse al examen ejecutado por personal que no está lo suficientemente capacitado para no sucumbir a estos criterios que derivan de estigmatizaciones sociales[131].

Una vez detenida la persona y librada la orden de arraigo, se encuentra en un estado de indefensión total, ya que se encuentra incomunicado[132], despojado de sus derechos políticos, recluido en un lugar que, incluso, pueden ser instalaciones militares, hoteles o casas-habitación especiales para los propósitos del arraigo[133]. El estado de indefensión es tal, que el Comité (contra la tortura) constata la ineficacia del amparo en estos casos, y también comprueba que la figura en sí ha propiciado la utilización como prueba de confesiones presuntamente obtenidas bajo tortura, reiterando su recomendación de que «el Estado parte elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal».

Es menester, por tanto, otorgar la protección y garantía que los casos merecen cumpliendo el Estado con su deber de justicia, relacionado

129. CIDH. Informe núm. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párr. 159; CIDH. Informe núm. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr.139; CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 11.663, Oscar Barreto Leiva, 31 de octubre de 2008, párr. 136.
130. Comité de Derechos Humanos, Hugo van Alphen c. Países Bajos, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1998, párr. 5.6-5.8.
131. ZEPEDA, Guillermo, *La Policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal*, CIDAC, México, 2010, p. 16.
132. CANTÚ MARTÍNEZ, Silvano, GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos y TELEPOVSKA, Michaela, *La Figura del Arraigo en México*, CMDPDH, México, D.F., 2012, pp. 34 y s.
133. Comité contra la Tortura, ONU, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptada por el Comité en su 49.° periodo de sesiones, 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012.

íntimamente con el artículo 1.1 de la Convención Americana y cobra relevancia en cuanto a la justicia penal. En palabras de Antonio Cançado Trindade, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al propósito de la defensa de los más débiles y vulnerables: «Es este el sentido propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyas normas jurídicas son interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del Derecho Internacional Público clásico»[134].

Esta práctica, además, no ayuda a la profesionalización del ministerio público pues se parte de la premisa de arraigar para investigar y no a la inversa, y de este modo entrega tiempo y comodidad para que los agentes cumplan con su deber con estándares muy bajos y exigencias mínimas, lo cual procura un desempeño mediocre y evidencia la necesidad –injustificada, pues existen, además, órganos especializados en la investigación de la delincuencia organizada de ese tiempo para lograr (a medias) hacer su trabajo, atentando contra el principio de eficiencia instaurado en el artículo 21 de la Constitución Mexicana[135].

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

134. Corte IDH. Caso Blake Vs Guatemala. Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de Enero de 1999.

135. AA. VV. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., Centro por la justicia y el Derecho Internacional, *et al.*, Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos, p. 6.

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.

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 esta (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).

A diferencia del caso mexicano, el TCE aborda de manera frontal las pruebas ilegales empleando la metodología del principio de proporcionalidad. La hipótesis normativa en uno y otro caso es distinta, ya que se trata en el caso mexicano de una reforma constitucional que resulta incompatible con el sistema interamericano de derechos humanos.

A partir del momento en el que el arraigo abandonó su carácter *excepcional* en el plano fáctico, se ha convertido en un mecanismo sistemáticamente utilizado, careciendo de justificación, toda vez que la excepcionalidad es básica para la manifestación del arraigo sin que incurra (de jure) en violaciones infundadas a los derechos humanos de aquellas personas sometidas a este. Esta sistematización ha sido reconocida por la Cámara de Diputados a través de su agenda de noticias que, refiriéndose al dictamen que reforma la Constitución para reforzar los requisitos del arraigo y reducir su tiempo máximo de aplicación de 80 a 35 días en abril del 2013, expresa que el arraigo «de ser una medida excepcional se llegó a convertir en una medida común».

Igualmente, estas prácticas dan cabida a que agentes estatales violen garantías con el propósito de interrogar, torturar, amenazar de muerte, e incluso, ejecutar a las víctimas, sin control judicial alguno. En su Recomendación Número 2 sobre la práctica de las Detenciones Arbitrarias, la CNDH precisa que «las detenciones arbitrarias constituyen una práctica

común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos»[136]. De este modo, se demuestra que no hay razón alguna para seguir favoreciendo este tipo de prácticas, y se pone de manifiesto la imperativa necesidad de suprimir una figura que no ha hecho más que dar un campo muy amplio de maniobra al Estado para configurar violaciones a los derechos fundamentales de sus ciudadanos, poniendo en riesgo su seguridad y libertad personal, restringiendo y limitando sus derechos, en pos de una causa que no se ha sabido afrontar y, en cambio, recurre a un estado-policía en la búsqueda de un control que no da miras de progreso.

IV. CONCLUSIÓN

En el presente capítulo se realizó una crítica jurídica sobre la doctrina del contenido esencial de los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana. Algunos de los obstáculos y retrocesos más significativos que ha tenido la Corte mexicana sobre este aspecto se reducen a la anulación de los contenidos esenciales en temas puntuales como la tutela judicial efectiva, el aborto, crímenes de lesa humanidad, fuero militar, límites a la libertad de expresión y derecho al honor, así como la limitación de la libertad personal mediante el arraigo penal.

El análisis del principio de igualdad y no discriminación, a la luz del fuero militar ha sido suficientemente discutido a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, existen ya tres sentencias condenatorias que han solicitado al Estado Mexicano definir los límites y alcances del mismo, con la finalidad de que los militares que violen derechos fundamentales no sean juzgados por la jurisdicción militar. En ese sentido, ha existido un solo pronunciamiento por parte de nuestra Suprema Corte, y varios por los Tribunales Colegiados, que han evadido el problema, a través de la interpretación restrictiva del concepto de interés jurídico de las víctimas de dichas violaciones, en clara violación a los principios elementales de acceso efectivo a la justicia.

Por tanto, la definición del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva es fundamental para comprender este modelo embrionario que ha traído consigo un renovado interés por la justicia en México. No cabe duda que sin haber cumplido los requisitos elementales y básicos de este derecho fundamental, es imposible comprender la justicia

136. CIDH. Casos Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N.° 99, párr. 80; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C N.° 103, párr. 69.

constitucional. A pesar de que esta construcción requirió del auxilio de la CIDH para su definición en México, el modelo se ha reivindicado a partir de la convencionalidad, desde el cual ha concretado su contenido esencial.

La primera objeción al vaciamiento del contenido esencial se centra en el análisis de caso sobre los crímenes de lesa humanidad «El Halconazo». En principio, se difirió del esquema utilizado para resolver el fondo del asunto. Pensamos que el criterio de la seguridad jurídica, y principalmente el principio de no retroactividad, en perjuicio del inculpado, debió ceder ante los derechos de las víctimas que han perseguido justicia por largos años. Para justificar dicho aserto, realizamos un análisis comparado de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contra de los centinelas del Muro de Berlín, a partir de la fórmula de Radbruch y el derecho injusto, aplicable en ese entonces por la Alemania Oriental. En ese sentido, creemos que el principio de justicia material contenido en los delitos de lesa humanidad, y los mismos Tratados, así como todo el derecho y costumbre internacional que en dicha materia apoyaban dicho aserto, razón por la cual pensamos que debió haberse realizado una ponderación de ambos principios, con la finalidad de medir la magnitud de la afectación en cada caso.

Posteriormente, se analizó el caso del derecho a la vida de no nacido frente al derecho a la libertad sexual de la mujer. La despenalización del aborto ha sido una de las temáticas que más expectativas ha levantado en los últimos años en el país. Sin embargo, creemos que la resolución que declaraba la constitucionalidad del aborto, no se encontró lo suficientemente justificada, ya que se rompe con un importante precedente judicial dictado en el año 2000 sobre la protección de la vida del producto de la concepción.

La interpretación del derecho a la vida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido progresivamente garantista. En el caso del aborto, estamos en desacuerdo por la solución legalista y la evasión de discutir sobre la colisión entre el feto como un bien constitucionalmente tutelado y la libertad sexual y reproductiva de la madre, realizada por la Corte mexicana, sin embargo, estamos de acuerdo con la protección constitucional otorgada al feto, o dicho en otros términos, el reconocimiento como un bien constitucionalmente tutelado.

Además, se evade el análisis de la posible colisión de los derechos sexuales y reproductivos de la madre ante el derecho a la vida del feto. Lo anterior, se afirma no solo por la decisión final de la Corte, sino por la defectuosa metodología empleada en el proyecto, aprobado incluso por

una mayoría dividida y disconforme con la manera en que debían analizarse los temas centrales de la controversia. Esto ocasionó serios conflictos en las denominadas: «Leyes Antiaborto», dictadas en varios Estados de la República, pues este último criterio comentado, no permitió crear bloques de constitucionalidad sobre el óptimo balanceo de los derechos de la mujer y los del producto de la concepción.

Quizá donde haya mayor desarrollo jurisprudencial es en el tema de la libertad de expresión y las vertientes a partir de las cuales este derecho fundamental adquiere fuerza, así como sus criterios a partir de los cuales encuentra justificaciones razonables. En materia de asignación de contenido esencial para resolver conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor e intimidad, disentimos del método de ponderación realizado por la Suprema Corte en el caso presentado (Martha Sahagún), ya que no dejó muy en claro, cuáles eran los dos bienes o principios constitucionales que se encontraban en conflicto. Además, no existió una medición en la magnitud en la afectación del derecho al honor de la afectada, a partir de los criterios unánimemente aceptados por la teoría y doctrina jurisprudencial comparada que ellos mismos citan en la misma resolución aprobada.

Finalmente, la última resolución analizada fue el caso del arraigo penal, el cual consiste en la privación a la libertad personal de un indiciado, con el propósito de que no se sustraiga a la acción de la justicia, mediante una autorización judicial, pero sin haber iniciado un proceso penal o una acusación formal. En este asunto, la Corte mexicana confundió los presupuestos para el ejercicio de un derecho con el establecimiento de sus límites, desnaturalizando así el contenido esencial.

Sin embargo, la mayoría de los integrantes de este Tribunal decidieron establecer que el arraigo, al tratarse de una figura consagrada expresamente en la Constitución, donde se restringe la libertad personal de una persona que aún no ha sido sometida a un proceso penal ni acusada formalmente, sino que tiene efectos precautorios (medida cautelar), permite a la autoridad investigar sin que el detenido tenga la posibilidad de evadir la acción de la justicia durante un periodo no mayor de 80 días.

Luego entonces, a pesar de que el arraigo fue calificado como una medida cautelar por la SCJN, la realidad indica que se transgrede el principio de presunción de inocencia, pues sí hay características o situaciones a las que se le impone a uno y no a otro, donde las características propias de las penas se imponen a una persona a la que no se le ha demostrado su participación en ningún delito al no tratar a la persona en consecuencia, sigue siendo restringido de sus derechos sin sentencia alguna.

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.

Las principales debilidades de los proyectos siguen residiendo en el inexplicable respeto que guarda siempre la Suprema Corte ante el Poder Legislativo, temerosa de no generar tensión (que si bien es propia de una jurisdicción constitucional), acabando por ser una mera expresión de la boca del legislador, deslegitimando su labor de Tribunal Constitucional y la gran labor realizada previamente, en algunos precedentes (algunos de ellos relatados en el capítulo previo) donde se muestra una extraordinaria labor argumentativa en base al reconocimiento y concreción de esos valores y principios.

Conclusiones

PRIMERA. 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 democráticos y de supremacía constitucional. Dicha tensión es aún 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.

SEGUNDA. 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.

TERCERA. 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 solo 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.

CUARTA. El propósito del presente estudio consistió en analizar la institución del contenido esencial de los derechos fundamentales, ampliamente desarrollada en la jurisprudencia comparada y la doctrina constitucional de mayor prestigio en la dogmática constitucional contemporánea. La etapa o fase de recepción del modelo 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.

QUINTA. El modelo de contenido esencial de derechos humanos elegido por la jurisdicción constitucional mexicana es el de la teoría externa a partir del principio de proporcionalidad. 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.

En la primera fase se distinguió 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.

SEXTA. 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, 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.

SÉPTIMA. 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.

OCTAVA. La fase de consolidación del modelo de contenido esencial inicia en 2006, mediante la asignación de significado a través del principio de igualdad. 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); seguridad nacional vs libertad individual, integridad física (arraigo); son algunos de los ejemplos más difíciles y controversiales que suscitan debate entre la sociedad, pero requieren de la mayor preparación y destreza argumentativa de parte de los jueces.

NOVENA. 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.

DÉCIMA. En la última fase que he identificado como de migración de criterios, aún existe mucha reticencia en la judicatura para aceptar plenamente mejores técnicas para concretar el contenido esencial de los derechos fundamentales. 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 la confrontación de valores en conflicto y la definición de contenidos esenciales. Esto no es una concesión gratuita, ya que existen también decisiones judiciales controversiales, donde la aplicación de métodos argumentativos 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 de las garantías sobre contenido esencial. 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 empleo por parte de los jueces penales de la figura del arraigo.

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.

– 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.

– 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.

– 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.

– *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Introducción de Pedro Serna Bermúdez), (2.ª ed. aumentada), Comares, Granada, 2005.

– *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, (2.ª 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, 2.ª ed., 1.ª 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 Sodero 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 teorí a 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 (1.ª reimp. de la 2.ª 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*, N.º 5, 2001.

ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004.

ANDERSON, M. S., *La Europa del siglo XVIII*, FCE, México, 1968.

ANSUATEGUI 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, IIJ*, 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* núm. 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, IIJ, 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, IIJ-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, pp. 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.

BINDDREITER, 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 Iuris*, Vol. 16 núm. 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 (2.ª 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.

BÖCKENFORDE, 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 Iuris*, n.º 3, 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*, núm. 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., 2.ª 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, núm. 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, Massachussets, 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, núm. 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*, III, 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), núm. 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, Victor, *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*, IIJ-UNAM-IFE, México, 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, «Justicia Constitucional y control de legalidad en México» en Carbonell Miguel y Valades, Diego, *El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados)*, T. I, UNAM, IIJ, México, 2006, pp. 252.

– *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 Muñiz), 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* n.º 15, 2003.

FULLER L. L., *La moral del derecho*, Trilas, México, 1967.

G. DURIG, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung» en *Festschrift zum 75. Geburstag 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.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., (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.

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*, n.º 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*, (4.ª 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 MÁYNES, 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)*, núm. 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*, núm. 4, 1987, pp. 87-117.

GIRALDO FERNANDEZ, Javier, *Derechos humanos y cristianismo: transfondos 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*, IIJ, 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, núm. 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*, IIJ, 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 Ooyen, 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), IIJ-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.

HOBBES, 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 abusoscometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*, USA, 2009.

DE OTTO Y PARDO, I., «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. 1931-1955.

ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

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.

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), IIJ, 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), 4.ª 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, N.° 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, Durkham 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*, núm. 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, Encyclopedia Britannic*, USA, Inc. V.33, 2nd ed., 1996.

LOEWENSTEIN, Karl, «Militant Democracy and Fundamental Rights II», en *The American Political Science Review*, Vol. 31, núm. 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 (2.ª 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.

CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.

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*, (traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva), Colección Orfeo, Buenos Aires, 1943.

MARITAIN, Jacques y DUHAMEL, Georges, «Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura» en MARITAIN, Jacques y OKINCZYC, Joseph (coords.), *La defensa de la persona humana* (traducción de Juan Miguel Palacios), Ediciones Stvium de Cultura, Buenos Aires, 1949, pp. 37-63.

MARTÍNEZ-ESCUDERO, 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, (1.ª 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*, núm. 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)*, (2.ª 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.

ORIZALINARES, 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 MARTINEZ, 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, FERNANDEZ, 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*, núm. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197.

POZZOLO, Susanna (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011. En *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho), núm. 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*, 3.ª 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.

RIPOLCARULLA, «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 ORDOÑEZ, 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*, núm. 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.

V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

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 2.ª 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 2.ª 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), IIJ, 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 Muñiz) 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, núm. 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.

Indice jurisprudencial

Suprema Corte de Justicia de la Nación

(SCJN)

TEMA:

- SCJN (Pleno) [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.). Registro núm. 2 006 224: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.
- SCJN (Pleno) [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.
- SCJN (Pleno) Registro: 197375; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VI, Noviembre de 1997; Pág. 78. LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.

Tribunal Constitucional Español

(STCE)

TEMA:

- STC 161/1987
- STC 83/1984

Corte Constitucional Colombiana

(SCCC)

TEMA:

- SCCC núm. SU-250/98, núm. T-426/92, núm. T-047/95, núm. T-044/95.

CAPITULO 2

CIDH

TEMA:

- CIDH: Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003.
- CIDH: Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004.
- CIDH: 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.
- CIDH: 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.
- CIDH: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C núm. 4, § 154, 156, 158 y 165;
- CIDH: Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C núm. 22, § 53;
- CIDH: Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C núm. 20, § 86;
- CIDH: Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C núm. 63, § 164 y 166;
- CIDH: Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C núm. 160, § 306.
- CIDH: Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C núm. 215, § 118;
- CIDH: Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C núm. 216, § 108.

- CIDH: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C núm. 239, § 162.
- CIDH: Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C núm. 257, § 247.
- CIDH: Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C núm. 112, § 159;
- CIDH: Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C núm. 130, § 179;
- CIDH: Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C núm. 242, § 49.
- CIDH: Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C núm. 246, § 130.
- CIDH: Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C núm. 251, § 233;
- CIDH: Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C núm. 218, § 100.
- CIDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125, § 162;
- CIDH: Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C núm. 251, § 154.
- CIDH: Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C núm. 213, § 205.

SCJN

TEMA:

- SCJN: Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, quinta época, Tomo IX, pp. 3630 3631.
- SCJN: Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVI, p. 706.

- SCJN: 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.
- SCJN: Sentencia de recurso de amparo 16/2004; 119/2001. Sentencia de recurso de amparo 94/1999.
- SCJN: 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.
- SCJN: 21 de abril de 2004 en el amparo en revisión 799/2003
- SCJN: 29 de septiembre de 2004 (amparo directo en revisión 988/2004).
- SCJN: 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.

TEMA: INTERPRETACION

- SCJN: INTERPRETACION DE LAS LEYES. Semanario Judicial de la Federación Localización: Tomo XIV Materia(s): Común, p. 1458.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY. Semanario de la Suprema Corte de Justicia, Tesis Aislada, quinta época, pleno, XVI, pág. 1133
- SCJN: LEYES, INTERPRETACION DE LAS. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIX, p. 18.
- SCJN: 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.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192
- SCJN: LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. Segunda Sala (25 de agosto de 1938). Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LVII, p. 2004. Tesis Aislada.
- SCJN: 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.

- SCJN: LEYES, INTERPRETACION DE. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LIX, 2a. Sala; S.J.F., p. 2889.
- SCJN: LEYES, INTERPRETACION DE LAS. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIV, p. 1451. 23 de abril de 1940. LEY INTERPRETACION DE LA. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXI, p. 2244.
- SCJN: INTERPRETACION ANALOGICA DE LA LEY. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXV, p. 3890. 23 septiembre de 1940.
- SCJN: INTERPRETACION DE LAS LEYES. [TA] 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXIX, p. 5084. 8 de marzo de 1944.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY, REGLAS DE LA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo XCVIII, p. 2038. 23 de Agosto de 1948.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 984.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI, p. 1355.
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIII, p. 666. Primera Sala (8 de junio de 1953).
- SCJN: INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 839. Segunda Sala (28 de julio de 1955).
- SCJN: INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Sala Auxiliar (24 de agosto de 1955).
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Cuarta Sala (5 de octubre de 1955).

LEY, INTERPRETACION

- SCJN: DE LA, EN LAS SENTENCIAS. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVIII, p. 231. (20 de abril de 1956).
- SCJN: INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXXII, p. 263. Cuarta Sala (6 de mayo de 1957).

- SCJN: INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XLIX, segunda parte, p. 58. Primera Sala (24 de julio de 1961).
- SCJN: 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).
- SCJN: 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).
- SCJN: INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192
- SCJN: 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).
- SCJN: INTERPRETACION GRAMATICAL DE LAS LEYES. DEBE REALIZARSE EN RELACION CON EL METODO SISTEMATICO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 420.
- SCJN: INTERPRETACION 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.
- SCJN: JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL. INTERPRETACION DE LA LEY CON EFECTOS EXTENSIVOS Y DE EXCEPCION. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Junio de 1996, p. 863.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.

TEMA: DIGNIDAD HUMANA:

- SCJN: 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.
- SCJN: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Registro núm. 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis Aislada: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.
- SCJN: DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. Tesis Aislada: 1a. X/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009, p. 547; 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.
- SCJN: DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. 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.

- SCJN: DIGNIDAD HUMANA SU NATURALEZA Y CONCEPTO. 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 1, Octubre de 2011, p. 1529.
- SCJN: 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.
- SCJN: Número de Registro: 2005523. DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Pág. 470. 1a./J. 118/2013 (10a.); Número de Registro: 171882. VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Julio de 2007; Pág. 272. 1a. CXLVIII/2007.
- SCJN: Número de Registro: 2000082. DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2905. 1a. XXI/2011 (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2006575. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS. LA VERIFICACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA DEL POSIBLE BENEFICIARIO DE SUS SERVICIOS, MEDIANTE EL ESTUDIO SOCIOECONÓMICO QUE SE LE PRACTIQUE CONFORME AL FORMATO APROBADO POR EL COMITÉ DE AFILIACIÓN, AL PERMITIR LA INVASIÓN DE ESPACIOS DE SU VIDA PRIVADA, VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III; Pág. 2038. II.1o.A.14 A (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2002519. DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 633. 1a. VII/2013 (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 159820. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CONTENIDO TRASCIENDE A TODOS LOS ÁMBITOS QUE

PREVEAN MEDIDAS ESTATALES QUE PERMITAN RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 136. P. VII/2013 (9a.); Número de Registro: 168160. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 547. 1a. X/2009; Número de Registro: 172546. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 792. 1a. XCVIII/2007.

- SCJN: Número de Registro: 2001625. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CULTURA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 502. 1a. CCVII/2012 (10a.). Ver especialmente: Considerando quinto del amparo directo 11/2011, resuelto por la Primera Sala el dos de mayo de dos mil doce.
- SCJN: Número de Registro: 2000768. 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. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1856. XIII.T.A.3 L (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 171297. SALARIO MÍNIMO. EL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE CONSTRIÑE AL LEGISLADOR ORDINARIO A NO GRAVAR LOS INGRESOS DE LOS TRABAJADORES QUE SOLAMENTE OBTIENEN ESE SALARIO. Localización: [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Septiembre de 2007; Pág. 553. 2a./J. 172/2007.

TEMA: GARANTIAS JUDICIALES

- SCJN: Número de Registro: 2005918. DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I; Pág. 354. 1a./J. 21/2014 (10a.).

- SCJN: Número de Registro: 2004726. 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). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3; Pág. 1825. I.9o.P.36 P (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2003779. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. SI EL JUEZ PONDERA EL CONTENIDO DEL ESTUDIO DE PERSONALIDAD PRACTICADO AL INCULPADO PARA NEGARLE DICHO BENEFICIO, TRANSGREDE SU DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE IMPONER PENAS INUSITADAS. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2; Pág. 1649. I.9o.P. J/7 (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 163167. DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y AL TRATO DIGNO DE LOS DETENIDOS. ESTÁN TUTELADOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE Y SON EXIGIBLES INDEPENDIENTEMENTE DE LAS CAUSAS QUE HAYAN MOTIVADO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Enero de 2011; Pág. 26. P. LXIV/2010.
- SCJN: Número de Registro: 166037. ACTO DE MOLESTIA. LO CONSTITUYE LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS A QUIENES NO TIENEN LA CALIDAD DE DETENIDOS O PRESUNTOS RESPONSABLES. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 401. 1a. CLXXXVIII/2009.
- SCJN: Número de Registro: 2005296. PRUEBA PERICIAL EN PSIQUIATRÍA FORENSE. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE ORDENAR OFICIOSAMENTE SU DESAHOGO CUANDO ADVIERTA QUE LA MUJER ACUSADA DE HOMICIDIO SUFRIÓ VIOLENCIA DE GÉNERO POR LA VÍCTIMA, A EFECTO DE CONOCER EL ESTADO MENTAL DE AQUÉLLA AL MOMENTO DE LOS HECHOS, VIOLA DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3189. I.9o.P.44 P (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2004579. REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).

Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660. XXVII.1o.(VIII Región) 22 P (10a.).

- SCJN: Número de Registro: 2005110. TRABAJO PENITENCIARIO. SU DESARROLLO DEBE ESTAR ERIGIDO SOBRE LA OBSERVANCIA Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 128. P./J. 34/2013 (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2003583. IGUALDAD JURÍDICA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 541. 1a. CXXXIX/2013 (10a.).

TEMA: LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

- SCJN: Número de Registro: 165696. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA NOTA MARGINAL EN EL ACTA DE NACIMIENTO DE LA SENTENCIA QUE OTORGÓ LA DEMANDA DE RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE Y SEXO, CON LA CONSIGUIENTE PUBLICIDAD DE DATOS, VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERESADO. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXXII/2009; Número de Registro: 165695. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA SENTENCIA QUE NIEGA LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA ACTA DE NACIMIENTO EN LA QUE SE RECTIFIQUEN LOS DATOS RELATIVOS AL NOMBRE Y SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE ANTES DE LA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 10 DE OCTUBRE DE 2008). Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXIV/2009; Número de Registro: 165694. REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O
- SCJN: 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. Tesis Aislada: P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Pleno, 10.ª Época,

Agosto de 2011, p. 877. Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

- SCJN: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. Tesis Aislada: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, Página: 7.
- SCJN: Número de Registro: 2006875. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación 1a. CCLX/2014 (10a.); Número de Registro: 2003282. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 959. 1a. CIV/2013 (10a.); Número de Registro: 2006878. NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación 1a. CCLXI/2014 (10a.).
- SCJN: Número de Registro: 2005338. DIVORCIO. EL ARTÍCULO 175 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS, AL EXIGIR LA DEMOSTRACIÓN DE DETERMINADA CAUSA PARA LOGRAR LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, CUANDO NO EXISTE CONSENTIMIENTO MUTUO, ES INCONSTITUCIONAL AL RESTRINGIR EL DERECHO AL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3050. XVIII.4o.10 °C (10a.); Número de Registro: 2005339. DIVORCIO NECESARIO. DEBE DECRETARSE AUN CUANDO NO QUEDEN DEMOSTRADAS LAS CAUSALES INVOCADAS, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3051. XVIII.4o.15 °C (10a.).

TCE

TEMA:

- TCE: 38/1994, 53/1985, 64/1986.

TEMA:

- BVerfGE vol. 5, p. 85 (Caso Prohibición del Partido Comunista).

- BVerfGE vol. 18, p. 112; BVerfGE 75, 1.
- BVerfGE vol. 145, p. 187, fj 2; BVerfGE 86, 288; BverfGE 72, 105.
- BVerfGE vol. 50, p. 166
- BVerfGE vol. 49, p. 24.
- BVerfGE vol. 57, p. 250.
- BVerfGE vol. 12, p. 45.
- BVerfGE vol. 30, p. 173 [Caso Mephisto].
- BVerfGE vol. 7, p. 198 [Fallo Lüth].
- BVerfGE vol. 12, p. 113 [Caso Revista Spiegel]; BVerfGE 25, 256 [Semanario Blinkfüer]; Sentencias Radiodifusión: [BVerfGE 73, 118; 12, 205; 57, 295].
- BVerfGE vol. 93, p. 266 [Los soldados son asesinos].
- BVerfGE vol. 103, p. 44 [Videograbación de audiencias judiciales]; 35, 202 [Asesinatos de soldados de Lebach].
- BVerfGE vol. 65, p. 1, § 155 [Ley Censo; y Microcenso: BVerfGE 27, 1].
- BVerfGE vol. 4, p. 7 § 29.
- BVerGE vol. 1, p. 97.

CAPITULO 3

CADH

TEMA:

- CADH: 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.

SCJN

TEMA: IGUALDAD

- SCJN: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.
- SCJN: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.° 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).

- SCJN: «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 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].

- SCJN: 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.
- SCJN: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.
- SCJN: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.° 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).
- SCJN: 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.

- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.

TEMA: Garantías Individuales.

- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: GARANTÍAS INDIVIDUALES. Tesis Aislada, Quinta Época Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación XL, p. 3630.
- SCJN: LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis Aislada, Segunda Sala, Quinta época, S.J.F. LXI, p. 4026.
- SCJN: CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO. 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.

- SCJN: DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES. Tesis Aislada. Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 181-186 Tercera Parte, p. 55.
- SCJN: Amparo en revisión 1351/2006. De igual forma, la tesis aislada CXXXVIII/2005, con el rubro: IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO, derivada del amparo en revisión 1629/2004.

TEMA:

- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: CONTAGIO VENÉREO, MEDIDAS PARA COMPROBAR EL. Registro: 310334; [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo LVII; Pág. 2498.
- SCJN: DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES. Tesis Aislada. Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 181-186 Tercera Parte, p. 55.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.

- SCJN: 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.
- SCJN: 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
- SCJN: Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Cit., p. 53.
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.
- SCJN: Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno de la SCJN.
- SCJN: 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.
- SCJN: Amparo Directo 6/2009.
- SCJN: Amparo Directo 28/2010.
- SCJN: Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 4 de noviembre de 2015.
- SCJN: Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala
- SCJN: Voto Concurrente del Ministro José Ramón Cossío, en el Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala.
- SCJN: REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su

Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 17. P. LXIX/2009. Registro núm. 165 698

- SCJN: DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1392. 1a. LIX/2015 (10a.). Registro núm. 2 008 492.

(STC)

TEMA:

- STC: 216/1991.
- STC: 147/1995
- STC: 128/1987, p. 14.
- 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.
- STC: 176/2008, 22 de diciembre de 2008 (FJ 7) y SCEDH: P.V c. España, 30 de noviembre de 2010.
- STC: 127/2003, fundamento jurídico 9.
- STC: 185/2002, foja 4.

TEMA:

- Sentencia de la Segunda Sala dictada el 9 de marzo de 1994. BverfGE Vol. 90, p. 145. § 45 a 65. 2 BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92.
- Sentencia de la Segunda Sala dictada el 9 de marzo de 1994. BverfGE Vol. 90, p. 145. § 45 a 65. 2 BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92.

CAPITULO 4

CIDH

TEMA:

- CIDH: 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).

- CIDH: Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), Pár. 136.
- CIDH: 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.
- CIDH: Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs, Panamá) Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C núm. 61; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas).
- CIDH: Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C núm. 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.
- CIDH: Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C núm. 34, Pár. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C núm. 149, Pár. 192; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C núm. 151, Pár. 131.
- CIDH: Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., Pár. 107-133.
- CIDH: 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
- CIDH: Fernández Ortega y otros vs México, párr. 239-240.
- CIDH: Almonacid Arellano vs Chile, párr. 151.
- CIDH: 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)

- CIDH: Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C núm. 177, *supra* nota 41, Pár. 78. *Vid.*

SCJN

TEMA:

- SCJN: Acción de Inconstitucionalidad 1/96.
- SCJN: Amparo en Revisión 989/2009, p. 89.
- SCJN: Amparo en Revisión 989/2009, p. 94.
- SCJN: 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.
- SCJN: Octava Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: V, Primera Parte, Tesis: XXXIX/90, página: 17.
- SCJN: Controversia Constitucional 54/2009
- SCJN: Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Primera Sala.
- SCJN: Amparo en Revisión 2676/2003. Primera Sala de la SCJN. 5 de octubre de 2005.

TEMA: ACCESO A LA JUSTICIA:

- SCJN: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro núm. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.
- SCJN: ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. Registronúm. 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.).
- SCJN: 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 núm. 162 163. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1105. XXXI.4 K.

- SCJN: 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 núm. 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.).
- SCJN: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro núm. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.
- SCJN: ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro núm. 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.
- SCJN: ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro núm. 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.
- SCJN: 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.).
- SCJN: 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.
- SCJN: 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.

- SCJN: 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.

TEMA: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- SCJN: 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.
- SCJN: LIBERTAD DE IMPRENTA. 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.
- SCJN: CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN SU ARTÍCULO 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.

TEMA: DIGNIDAD HUMANA

- SCJN: PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO. Registro núm. 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.).
- SCJN: 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 núm. 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 núm. 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.).

- SCJN: 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 núm. 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 núm. 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.).
- SCJN: 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 de la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Esta acción la discutiremos en el siguiente apartado.

STC:

TEMA:

- STC: 105/1990.