

Derechos Fundamentales

Rafael Aguilera Portales
Rogelio López Sánchez



M É X I C
O

2 0 1 3

Es prioritario replantear los métodos de estudio de derecho constitucional en el país, a través de manuales que nos hagan reflexionar sobre la realidad actual, a partir de nuevos cánones que nacen de la ciencia constitucional, la filosofía jurídica, la filosofía política, y la ética. Los derechos precisan de realidad, pero también de una buena teoría y una sólida defensa.

Esta obra es indispensable en el estudio de los derechos fundamentales porque conjuga el aspecto adjetivo con el sustantivo mediante el estudio de temáticas inéditas, a través del análisis interdisciplinario de la filosofía política y la teoría de los Derechos Fundamentales como la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, la igualdad sustantiva, el debido proceso, los derechos políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales.

La reforma constitucional de 2011 puso al día a la Constitución mexicana, incorporando criterios de Derecho Internacional a la interpretación de los Derechos Humanos. Por ello, el presente libro conjuga las herramientas que brinda la hermenéutica constitucional para dar sustancia a los derechos fundamentales a través de la técnica de la ponderación en temas difíciles como aborto, eutanasia, fuero militar, derecho al honor, entre otros.

Este libro pretende responder a estas inquietudes. Producto de la reflexión filosófica y jurídica llevada a cabo durante años por los autores sobre una de las materias más acuciantes y apasionantes de la ciencia jurídica: los derechos humanos.

Primera Edición



RAFAEL AGUILERA PORTALES

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

DERECHOS FUNDAMENTALES



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



FACDYC

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

Primera edición: 2013

Copyright © 2013
RAFAEL AGUILERA PORTALES
ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

Monterrey, Nuevo León México

Imagen de Portada: a logo for Human Rights
<http://www.humanrightslogo.net>

Derechos reservados

ISBN 978-607-00-7674-9

IMPRESO EN MÉXICO

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN 16

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA PROPUESTA PARA SU ESTUDIO

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SU FUNDAMENTO Y CONCEPTO

- I. El problema del concepto y fundamento de los derechos humanos 24
 - 1. Contexto de justificación y contexto de descubrimiento de los derechos humanos 28
 - 2. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales: un concepto preliminar 31
 - 3. Distintas propuestas o estrategias fundacionales de los derechos humanos 33
 - 3.1 La posición del neopositivismo jurídico 34
 - 3.2 La posición del neoiusnaturalismo 36
 - 3.3 La posición del comunitarismo: Michael Walzer y Alasdair MacIntyre 38
 - 3.4 La posición discursiva de J. Habermas y K. O. Apel 41
 - 3.5 La posición neocontractualista de Rawls 43
 - 3.6 La posición neopragmatista 44
- II. Origen y evolución de los Derechos Humanos en la historia 47
 - 1. Los Derechos Humanos como política global en la Historia 47
 - 2. Evolución histórica y doctrinal de los Derechos Humanos 52
 - 3. Modelos de fundamentación constitucional de los Derechos Fundamentales 54
 - 3.1 Los Derechos Fundamentales en las Revoluciones liberales burguesas60
 - 3.2 Diferencias entre la Revolución Americana y Francesa 63
 - 4. Los derechos en la época liberal: nacimiento del Estado de derecho 66

- 5. Los derechos sociales fundamentales en el Estado social 69
- 6. Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional 73
 - 6.1 El proceso evolutivo de los derechos: positivación, generalización, internacionalización y especificación 76
 - 6.1.1 El proceso de positivación 76
 - 6.1.2 El proceso de generalización 77
 - 6.1.3 El proceso de internacionalización 78
 - 6.1.4 El proceso de especificación 78
- III. El desarrollo de un modelo propio de derechos en el sistema constitucional mexicano 79
 - 1. La Constitución de Cádiz: los derechos del hombre 81
 - 2. La influencia de los modelos americano y francés en la Constitución de 1824 y 1847..84
 - 3. La incorporación del modelo de Derechos del Hombre en la Constitución de 1857 88
 - 4. El cambio conceptual a Garantías Individuales en la Constitución de 1917 89
 - 4.1 El concepto reduccionista de las Garantías Individuales en la protección de Derechos Fundamentales 91
 - 4.2 Los Derechos Humanos en la Constitución mexicana (2011): un nuevo paradigma 96

Actividades del Capítulo I 101

CAPÍTULO II LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- I. Normas de Derechos Fundamentales: elementos y características 106
 - 1. Estructura de los derechos fundamentales: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto 110
 - 2. Principio de reserva de ley y derechos fundamentales 117
 - 3. Titularidad y ejercicio de los Derechos Fundamentales 118
 - 4. La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales 122
- II. Interpretación y garantía constitucional de los Derechos Fundamentales 126
 - 1. Carencias de la interpretación constitucional en el sistema jurídico mexicano durante el siglo XX 128

2. La garantía de los derechos fundamentales 142
 - 2.1 El Poder Judicial de la Federación y la garantía de los Derechos Fundamentales a través del juicio de amparo 143
 - 2.2 La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la garantía de los derechos a través de las Observaciones 148
 - 2.3 El Sistema Interamericano y la reparación del daño en materia de derechos humanos 151
3. La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano 156
 - 3.1 La incorporación de los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana 159
 - 3.2 Cambio de paradigma: control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso 163
- III. Criterios para la asignación de significado a los Derechos Fundamentales 176
 1. Delimitación del contenido esencial de los derechos desde el punto de vista interno y externo 178
 - 1.1 Las teorías materiales de los Derechos Fundamentales: liberal, institucional, democrático-funcional y la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social 180
 - 1.1.1 La Teoría axiológica o del orden de valores 184
 2. Herramientas de la hermenéutica constitucional para la asignación de significado concreto a los Derechos Fundamentales 186
 - 2.1 Principio de proporcionalidad como criterio para asignar contenido esencial a los derechos 191
 - 2.1.1 El modelo europeo y americano de proporcionalidad: diferencias 198
 - 2.2 Premisas para la activación del principio de proporcionalidad 200
 - 2.2.1 La existencia de un caso difícil donde se inscriba prima facie, una norma de derecho fundamental 201
 - 2.2.2 Que limite o restrinja principios o valores constitucionales: intervención en el contenido de la norma iusfundamental 205
 - 2.3 La solución a conflictos de derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad 212
 - 2.3.1 Subprincipio de adecuación o idoneidad 216
 - 2.3.2 Subprincipio de necesidad 219
 - 2.3.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) 221

SEGUNDA PARTE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE
LA PERSONALIDAD

- I. La dignidad humana y libre desarrollo a la personalidad ¿principios o derechos fundamentales? 232
- II. El reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como premisa constitutiva de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional mexicano 237

Actividades del Capítulo III 243

CAPÍTULO IV
EL DERECHO A LA VIDA

- I. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica 244
 - 1. La abolición de la pena de muerte y la prohibición de regresión de su implantación 247
 - 2. El derecho a la integridad física y psíquica 251
 - 3. El aborto y el derecho a la vida del producto de la concepción 254
 - 3.1 La legalización del aborto en México y el libre desarrollo psicosexual de la mujer y sus posibles colisiones .255
 - 3.2 El derecho constitucional a la muerte digna: la eutanasia 259

Actividades del Capítulo IV 268

CAPÍTULO V
LOS DERECHOS DE IGUALDAD

- I. Principio de igualdad 271
 - 1. La igualdad jurídica o formal 275

2. Igualdad material: fundamento de los derechos sociales 276
 - 2.1 Acciones positivas para la igualdad: la discriminación positiva 278
3. El principio de igualdad: límites y alcances 279
 - 3.1 El principio de igualdad y test de razonabilidad jurídica 282
4. El derecho de igualdad entre el hombre y la mujer 284
5. El principio de igualdad y los artículos 12 y 13 constitucionales 290
 - 5.1 La violación al principio de igualdad y el problema del fuero militar 292
 - 5.2 Fuero militar y su interpretación por la CIDH: inconventionalidad del Código de Justicia Militar 298

Actividades del Capítulo V 307

CAPÍTULO VI LOS DERECHOS DE LIBERTAD

- I. El principio de libertad 308
 1. La libertad positiva y la libertad negativa 309
 2. La prohibición de esclavitud 310
 3. Libertad de expresión: su fundamento iusfilosófico y su contenido esencial 312
 - 3.1 El derecho fundamental a la libertad de expresión y sus límites constitucionales y legales 316
 - 3.2 La colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor e intimidad: técnicas para su resolución 321
 - 3.3 Libertad de reunión y manifestación pública 324
 4. El derecho de acceso a la información pública gubernamental como vertiente del derecho a la libertad de expresión 328
 5. El derecho a la intimidad y la protección de datos personales 335
 6. Libertad religiosa y de conciencia en el Estado laico 339
 - 6.1 Los límites constitucionales y legales de la libertad de creencia 343
 7. El derecho a la libertad de tránsito 345
 - 7.1 La constitucionalidad de los retenes y su restricción a la libertad de tránsito 348
 8. El derecho a la propiedad del artículo 27 constitucional: su fundamento filosófico-político 350
 - 8.1 El carácter social del derecho a la propiedad 354

Actividades del Capítulo VI 360

CAPÍTULO VII LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

- I. La seguridad jurídica: valor jurídico fundamental 362
 - 1. El acceso a la justicia como presupuesto del debido proceso 362
 - 1.1 Derecho Fundamental de acceso a la justicia en el marco del debido proceso 363
 - 1.2 El contenido esencial del derecho de acceso a la justicia y sus limitaciones 368
 - 1.3 El derecho de acceso a la justicia sin dilaciones indebidas: plazo razonable y doble instancia 375
 - 2. El debido proceso formal y el debido proceso sustantivo: sus diferencias 378
 - 2.1 Los actos privativos y los actos de molestia: diferencias 380
 - 3. El principio de legalidad en materia civil y penal 383

Actividades del Capítulo VII 388

CAPÍTULO VIII LOS DERECHOS POLÍTICOS

- I. Los derechos políticos como derechos fundamentales 390
 - 1. El contenido esencial de los derechos políticos en México: su evolución 391

Actividades del Capítulo VIII 395

CAPÍTULO IX LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

- I. Fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos de los derechos sociales, económicos y culturales 397
 - 1. Fundamento constitucional de los derechos sociales 403
 - 2. La eficacia y justiciabilidad de los derechos sociales en el Estado constitucional mexicano 408

3. La compleja justiciabilidad de los derechos sociales y su plena efectividad en el Estado constitucional mexicano.....	411
4. Mecanismos para la efectividad de los derechos sociales	416

II. Los derechos culturales como derechos diferenciales en el estado multicultural 420

1. Relativismo vs universalismo de los derechos humanos	424
1.1 El derecho colectivo a la propia cultura como derecho diferencial	436
2. Políticas del multiculturalismo y derechos de las minorías	432
2.1 Políticas multiculturales hacia los inmigrantes	433
2.2 Políticas multiculturales hacia los pueblos indígenas	433
2.3 Marco internacional y constitucional de los derechos indígenas	438

Actividades del Capítulo IX 444

Adéndum: la suspensión de las garantías a los Derechos 447

Bibliografía 449

ABREVIATURAS

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (Jurisprudencia Constitucional Alemania)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CEP	Centro de Estudios Políticos (España)
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España)
COFIPE	Código Federal de Instituciones y Procedimientos ElectORAles
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
FCE	Fondo de Cultura Económica
IJJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
PJF	Poder Judicial de la Federación
OEA	Organización de Estados Americanos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

SJF	Semanario Judicial de la Federación
SCCC	Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

INTRODUCCIÓN

Un fantasma que aún persigue la docencia y la enseñanza jurídica es el miedo a enseñar verdadera teoría jurídica. Muchos antiguos manuales de derecho en México permanecían estáticos, anclados a una realidad superflua, ajena o inconsciente de lo que sucedía fuera de las aulas. Dejaban al lector un sinnúmero de conceptos abstractos, de imposibilidad material para concretarlos a una realidad determinada. Bien decía Kant hace ya más de un siglo: “tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”, “Esa máxima —que ha llegado a ser bien común en nuestros días, tan abundantes en dichos como parques en hechos— ocasiona el mayor daño cuando afecta al ámbito moral (al deber de la virtud o del derecho), pues se trata ahí del canon de la razón (en lo práctico), donde el valor de la práctica depende por completo de su conformidad con la teoría subyacente.”¹

Existe una fuerte reticencia en los espacios de desarrollo profesional jurídicos hacia el verdadero aprendizaje de la teoría del derecho. Se considera que ésta no sirve o se encuentra muy alejada de lo que realmente sucede en la práctica. Los derechos fundamentales no son la excepción. Nos encontramos ante una grave crisis de legalidad y de inseguridad ciudadana. Hoy más que nunca, la seguridad ha sido el presupuesto fundamental sin el cual, cualquier Estado Constitucional tiene su funcionamiento, incluso, sin importar las consecuencias del otorgamiento de esas libertades al antiguo Leviathan protector de los súbditos. Las instituciones se deslegitiman y desprestigian ante la grave ola de inseguridad y descrédito de la esfera pública.

Precisamente, los momentos de crisis deben ser áreas de oportunidad hoy en día para reivindicar los derechos fundamentales, y no lo contrario. De acuerdo a la última Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, elaborada por especialistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, casi el

¹ KANT, I., En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”, trad. de M. Francisco Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 18.

30% de la población está de acuerdo en la violación de derechos humanos en contra de los "delincuentes" (la mayor parte de quienes tienen esta opinión son jóvenes de 15 a 19 años), con el fin de llevar a cabo averiguaciones de determinados delitos. Sostener que los derechos fundamentales son un capricho de ciertos ciudadanos, o un obstáculo para realizar los fines de seguridad ciudadana, constituye un disparate que representa uno de los últimos argumentos de las maquinarias totalitarias del siglo XX.

Parece irónico, pero han revivido las autocracias disfrazadas. Se ha descubierto que el Gobierno del país más poderoso del mundo, espiaba cuentas de correo electrónico de varias personas de todo el orbe, únicamente por sospechas o rumores que podían tener vínculos terroristas, sin ninguna clase de autorización judicial. La Ley Patriota, publicada en aquel país después de los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre, ha sido un aliciente para violar de manera sistemática los derechos humanos en nombre de la seguridad nacional. La base más importante del país se encuentra en la Habana, Cuba (Guantánamo), y permite la tortura de cientos de presos extranjeros, sin derecho a un juicio justo y donde se respete el debido proceso.

La crisis financiera mundial del presente siglo ha sido la más importante de todas en la historia. Ha dejado en la pobreza a millones y el poder financiero desplaza rápidamente al poder político en la toma de decisiones más importantes. Se construyen democracias, pero sin ciudadanos, pues el capital manda y dirige desde el más mínimo asunto económico hasta el gasto en la política pública, decidiendo prioridades. En este contexto, resulta complejo hablar de derechos humanos y que éstos sean una realidad para millones de personas en pobreza extrema y que padecen hambre no solamente en México, sino en el mundo entero. No podemos hablar de dignidad humana sin referirnos a las condiciones precarias de vida que lleva más de la mitad de la humanidad en la actualidad.

México ha llegado tarde al tiempo de los derechos. La Constitución de 1917 había sido pionera en su momento de derechos sociales, pero parchada posteriormente en infinidad de ocasiones, no se había actualizado y puesto al día, de acuerdo a los cánones más recientes en materia de Derechos Humanos. Ha sido la reforma más reciente de junio de 2011, que ha venido a ponerla al día en materia de principios interpretativos, así como su ampliación

en el catálogo de derechos humanos reconocidos a nivel internacional. No obstante, algunos sectores aún siguen dudando que este viraje radical solucione los agudos problemas de violaciones a los derechos que existen en este país.

Sin duda, creemos firmemente que ninguna reforma constitucional soluciona por completo una realidad social. Defender tal postura, implicaría por sí mismo, tener una visión deformada y utópica del constitucionalismo. No es suficiente la modificación del texto legal para transformar una realidad social. Es necesario y urgente reevaluar la manera en que se entiende a la Constitución y sus contenidos. Es prioritario replantear los métodos de estudio del derecho constitucional en el país, a través de manuales que nos hagan reflexionar sobre la realidad actual, a partir de nuevos cánones que nacen de la ciencia constitucional, la filosofía jurídica, la filosofía política, y la ética.

Este Manual trata de responder a estas inquietudes. Es producto de la reflexión filosófica y jurídica llevada a cabo durante años por los autores sobre una de las materias más acuciantes y apasionantes de la ciencia jurídica: los derechos humanos. Los derechos precisan de realidad, pero también de una buena teoría y una sólida defensa. Para ello, es necesario adentrarse a los instrumentos hermenéuticos y argumentativos que les dan contenido. No solamente la técnica da vida a los derechos, también participa la filosofía política, brindando sentido a las normas y concretando las mismas, a través de procesos de reflexión filosófica.

El trabajo se divide en dos partes. La primera busca introducir al lector sobre la metodología para estudiar los derechos fundamentales. Para esto, nos avocamos a explicar algunas de las más importantes corrientes filosóficas que dan sentido al concepto de derechos. Posteriormente, nos dedicamos a analizar el origen y evolución de los derechos a lo largo de la historia, tomando como paradigma el brillante estudio historiográfico realizado por Maurizio Fioravanti sobre los tres principales paradigmas en esta materia: el inglés, el americano y el francés, así como el proceso evolutivo que han tenido los mismos. En el siguiente apartado, reflexionamos sobre la influencias de los distintos modelos de derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano. Lo anterior, con el propósito de comprender mejor

el actual concepto de derechos humanos traído por el legislador en la más reciente reforma constitucional sobre esta materia en junio de 2011.

El capítulo II, se titula: “La interpretación y argumentación de los derechos fundamentales”. Decíamos con antelación, que los derechos precisan de defensa. La interpretación es una de las maneras en que los operadores dan sentido y contenido a las normas de derecho fundamental. Para esto, analizaremos primeramente sus elementos y características, haciendo énfasis en su necesidad de concreción, debido a su alto grado de imprecisión e indeterminación. Después realizaremos un análisis a profundidad sobre la garantía de los derechos fundamentales, a través de procesos judiciales y no jurisdiccionales, así como el funcionamiento de la protección del sistema interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, es muy importante destacar la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución mexicana, a raíz de la reforma más reciente sucedida a la misma. Este suceso ocasionará un cambio en la forma en que son entendidos los derechos en el sistema judicial mexicano. No se trata de cualquier reforma, es un giro de 180 grados hacia los operadores del derecho, ya que implica situarse en otro paradigma, totalmente distinto al que habían venido ubicándose, tal y como sucede con el control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso.

En el siguiente epígrafe llevaremos a cabo el estudio sobre los principales criterios para la asignación de significado y sentido a los derechos fundamentales, a partir de las teorías interna y externa. La primera, explica que los derechos se construyen desde dentro del núcleo; mientras que la segunda sostiene que la construcción del contenido esencial de un derecho proviene de los límites externos del mismo. Acorde con esto, se detallará a profundidad uno de los instrumentos de la hermenéutica constitucional más renombrados e importantes: el principio de proporcionalidad.

La segunda parte del estudio realiza una propuesta de sistematización de los principales derechos fundamentales. Los dos primeros se tratan de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Consideramos prioritario el estudio de estos dos valores superiores del ordenamiento jurídico, tal y como lo ha reconocido la SCJN. Lo anterior, en virtud de que en el país se adolece todavía de estudios a profundidad desde el punto de vista

constitucional y de la filosofía del derecho, que auxilien al intérprete constitucional para dotar de contenido a los derechos fundamentales hacia aquellos que se encuentran en conflicto, pero sobre todo, acerca de los principales dilemas ético-jurídicos que se subyacen en determinados casos.

El capítulo IV se refiere al derecho a la vida. Otra de las asignaturas pendientes en los Manuales de Derechos Fundamentales en este país ha sido precisamente el análisis crítico sobre problemas concretos como la eutanasia y el aborto. Al respecto, realizamos un profundo examen sobre estos problemas concretos, así como la dotación del contenido esencial del mismo, a partir del ejercicio de ponderación entre los bienes y principios constitucionales en conflicto. Enriquecemos la visión de la eutanasia, a través de un ejercicio reflexivo sobre la persona y la muerte, desde una visión interdisciplinaria de la filosofía y el derecho.

El siguiente capítulo se refiere al estudio de los derechos de igualdad. Primero se distingue entre las dos visiones: la formal y la material. Por mucho tiempo había sido abandonada y dejado de lado la visión de la igualdad política o material, centrándose únicamente en aspectos meramente formales, alejados de las diversas problemáticas, principalmente relacionadas con la prohibición de no discriminación del artículo primero, último párrafo de la CPEUM. Sobre este punto, se detalla a través de una investigación sobre las principales medidas de acción positiva para la igualdad: discriminación positiva, así como los derechos del hombre y la mujer. Se concluye este apartado a través del análisis reflexivo sobre uno de los últimos temas más controversiales en nuestro país: el fuero militar.

Posteriormente, se realiza un análisis sobre los derechos de libertad, distinguiendo primeramente la vertiente positiva de la negativa. Se abordan temas como la esclavitud moderna, la libertad de expresión: su fundamento iusfilosófico y su contenido esencial, así como las técnicas para la resolución de conflictos entre los principios constitucionales entre el honor y la intimidad. Acto seguido, se analiza el derecho a la libertad de reunión y manifestación pública. Después viene el tema del derecho de acceso a la información pública gubernamental como vertiente del derecho a la libertad de expresión, así como sus requisitos fundamentales. En este mismo capítulo, continuaremos con el derecho a la intimidad y la protección de datos personales; la libertad religiosa y de conciencia en el Estado laico; la libertad

de tránsito; así como el derecho a la propiedad. Trataremos de enfocar el contenido de los derechos con problemas prácticos que faciliten su mejor comprensión.

El capítulo siete de la presente obra se encarga del principio de seguridad jurídica. Defendemos la idea que el antiguo principio de legalidad contenido en los artículos 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero de la CPEUM debe transitar de ser un modelo formalista y caduco hacia uno más innovador: el debido proceso sustantivo. El derecho a una tutela de justicia efectiva ha sido uno de los elementos más endebles del sistema jurídico mexicano. La CIDH se ha pronunciado en contra del Estado mexicano en las distintas sentencias condenatorias, señalando los tres elementos indispensables del mismo: sencillez, efectividad e idoneidad.

Los últimos dos capítulos analizan derechos fundamentales que han sido recuperados del tintero legislativo en las últimas dos décadas. Se trata de los derechos políticos como derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien, el combate a la pobreza y la marginación social había sido un tema prioritario en la agenda pública nacional, no dejaban de ser una especie de dádivas del bienhechor gobernante, fue hasta esta época que se han convertido en auténticos derechos fundamentales, plenamente exigibles. Al final de cada capítulo se encuentran ejercicios de reflexión prácticos que motivarán al estudiante a llevar a cabo análisis más profundos sobre el contenido material de los derechos fundamentales, así como su proceso de concreción a través de técnicas hermenéuticas como la ponderación.

Pretendemos entablar un diálogo crítico, plural y dinámico, mediante la propuesta de solución a casos difíciles o complejos sobre las distintas materias que se abordan en el presente libro. Esperamos con ansias, que esta modesta contribución tenga buena recepción no sólo en los círculos especializados del derecho constitucional, sino en toda aquella persona que se encuentre interesada en el multidisciplinario fenómeno de los derechos y sus garantías.

Rafael Aguilera Portales
Rogelio López Sánchez
Agosto de 2013

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA PROPUESTA PARA SU ESTUDIO

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SU FUNDAMENTO Y CONCEPTO

Los derechos humanos son una de las instituciones más importantes de la modernidad jurídica y política en nuestra cultura occidental. Hoy por hoy, los derechos son un instrumento idóneo y perfecto para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana. En la actualidad, se ha alcanzado un consenso normativo internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, representa una respuesta mínima de convergencia de valores humanos interculturales frente a las amenazas especiales que conllevan las instituciones modernas. Esta Declaración no se limitó sólo a fundamentar los derechos desde una lógica estrictamente iusnaturalista o positivista, sino que también comenzó a utilizar la categoría de consenso global como referente fundacional de los mismos.

Asistimos a un creciente y renovado interés por este tipo de estudios especializados sobre Derechos Fundamentales, especialmente por juristas, politólogos y sociólogos hacia cuestiones y temas abordados tradicionalmente por la Filosofía del Derecho. Un gran sector de juristas desconfía abiertamente de los planteamientos filosófico-jurídicos, por considerarlos irrelevantes en la práctica jurídica, lo cual muestra una visión formalista, rígida e inflexible. Sin duda, esta actitud responde a viejos paradigmas del pensamiento jurídico que aún persisten en algunos de nuestros círculos académicos y jurisprudenciales, esto se puede observar cuando abordamos el problema del concepto y fundamento de los derechos humanos. Todavía existe una tendencia a dejar de lado la dogmática jurídica bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo y neopragmatismo jurídico.

Evidentemente, tratar este problema y no tener en cuenta las graves dificultades actuales que afectan a los seres humanos como limpieza étnica,

refugiados, desplazados, inmigración, discriminación de la mujer, pobreza, marginación, no sólo es una contradicción, sino que puede conducirnos a una reflexión intelectual inútil, banal y estéril,² requerimos de una reflexión crítica y rigurosa acompañada de una defensa radical y firme de los derechos. Ambas estrategias teóricas y prácticas son legítimas, urgentes, y necesarias; no son en absoluto incompatibles entre sí, sino que se encuentran estrechamente conectadas. Es tarea de la filosofía jurídica tratar de realizar una reconstrucción racional y crítica del concepto de los derechos humanos, con el fin de dilucidar y reflexionar sobre un término demasiado vago, impreciso e inexacto. Los derechos requieren de clarificación y dilucidación conceptual y fundacional dentro del irreversible proceso de globalización tecnológica, económica y política. Una reflexión que indudablemente tiene consecuencias prácticas, sociales y jurídicas fundamentales, como es la ordenación y alcance de una sociedad justa y desarrollada.

Cuando contemplamos los nefastos acontecimientos de Auschwitz, los Gulags o Hiroshima podemos corroborar el poco o nulo avance que hemos realizado en materia de derechos humanos en nuestro siglo pasado y actual. Estos acontecimientos nos deberían interpelar a realizar un mayor esfuerzo teórico y práctico de defensa, difusión y propagación de los derechos humanos. Entre 1492 y 1990, hubo al menos 36 genocidios que se cobraron, cada uno de ellos, entre decenas de miles y decenas de millones de vidas. Desde 1950, ha habido casi veinte genocidios; de ellos, al menos tres tuvieron más de un millón de víctimas (Bangladesh, Camboya y Ruanda). Sólo las dos guerras mundiales (1914 y 1945) se cobraron 55 millones de vidas humanas.³

I. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema del concepto de los derechos humanos no es una cuestión baladí, estéril o superflua, sino que tiene íntima relación con sus procesos de garantía, protección e interpretación, por parte de los Poderes Legislativo y

² DE ASÍS ROIG Rafael, Escritos sobre Derechos humanos, Ara editores, Lima, 2005; AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, ZARAGOZA HUERTA, José, Los derechos humanos en la sociedad contemporánea, UANL-Editorial la Laguna, México, 2007.

³ Véase GLOVER, Jonathan, Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX, trad. Marco Aurelio Galmarini, Madrid, 2001. Cátedra; GRAY, John, Perros de paja, Barcelona, Paidós, 2000;

Judicial.⁴ Son el pilar fundamental a través del cual debe ser interpretado todo ordenamiento jurídico, además de constituir el fundamento legítimo de toda legislación, y lo que es más importante, de todo Estado democrático y social de derecho.

Los Derechos Fundamentales y procesos culturales guardan íntima relación.⁵ Ambos se estimulan recíprocamente, provocando una sinergia e interacción constante. El deterioro del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente su desarrollo y crecimiento. Los derechos tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. Por estos motivos, existe una interrelación entre concepto y fundamento de los derechos humanos.⁶ Por consiguiente, buscar el fundamento significa indagar y averiguar un concepto posible de los mismos. Igualmente, tratar de definirlos conceptualmente es, al mismo tiempo, ofrecer un fundamento posible. Por "fundamento", vamos a emplearlo como sinónimo de "justificación". Por ello, fundamentar los derechos humanos equivale a: dar razones a favor de dicho figura socio-jurídica y, sobre todo, responder ante posibles objeciones y dudas que vayan surgiendo.

Conviene precisar que en ningún momento hablamos de un intento de fundamentación de los derechos humanos, es decir, no nos referimos a los intentos iusnaturalistas teológicos demasiado arraigados en nuestra cultura occidental, sino a posibles experimentos doctrinales iusfilosóficos que puedan servir de soporte para una auténtica promoción, difusión y protección, puesto que detrás de éstos, subyacen presupuestos éticos, epistemológicos y ontológico-jurídicos en los que descansa su aceptación. Por consiguiente, la cuestión del concepto y fundamento se encuentra, en gran parte, con el problema de cómo los derechos humanos pertenecen a un orden axiológico confuso, movedizo y poco delimitado. La primera cuestión, consiste en contemplar cómo los derechos humanos pertenecen a tres normativas diferentes pero entrelazadas: ámbito moral, jurídico y político. Esta mezcla o confusión de los tres niveles hace más problemático el intento de

⁴ GADAMER H. G., Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. Salamanca, 1977. Sígueme; FERRARIS, Maurizio, La hermenéutica, (trad. José Luis Bernal), Taurus, México, 1999.

⁵ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2001.

⁶ DE ASÍS ROIG Rafael, Escritos sobre Derechos humanos, Ara editores, Lima. 2005.

fundamentación y constituye uno de los grandes desafíos y retos de la Filosofía y Teoría del Derecho contemporánea. De aquí, que cuando hablamos de derechos humanos estamos hablando de una triple dimensión compartida.⁷ Esto convierte a los derechos humanos en aspiraciones éticas, políticas y jurídicas ineludibles, reales y tangibles. En este sentido, una fundamentación tridimensional de los derechos atiende a una concepción tridimensionalidad como fenómeno jurídico complejo, flexible y abierto.⁸

1. CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN Y CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando hablamos de fundamento de los derechos humanos no entendemos esta expresión en un sentido “fundamentalista”, como sinónimo de “búsqueda de un primer principio indemostrable, a partir del cual pueda deducirse un conjunto de normas morales”⁹, sino más bien en un sentido “holista”, esto es, atento a la totalidad de las condiciones que hacen posible el fenómeno de fundamentar. Los derechos humanos son un producto histórico-jurídico de nuestra comunidad política que se enmarca en la tradición cultural de Occidente y cómo a partir de su descubrimiento, han ido expandiéndose de forma universal.¹⁰ El iusnaturalismo racional revolucionario es la fuente que inspiró y gestó la conquista de los derechos humanos en las Revoluciones Americana y Francesa,¹¹ mientras que el iusnaturalismo historicista, la fuente que de la primera formulación de los derechos humanos en el Reino Unido (Bill of rights, 1689).

En este sentido, la profesora Victoria Camps prefiere hablar de “descubrimiento” en vez de “fundamentación”¹². Por tanto, los derechos no son un producto abstracto y etéreo de una reflexión racional sobre el hombre

⁷ RECASENS SICHES, LUIS, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1965; LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961; LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, (2ª ed.) 2001.

⁸ REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997; Véase también REALE, Miguel, *Fundamentos del Derecho*, Palma, Buenos Aires, 1976; REALE, Miguel, *Filosofía Do Dereito*. Edit. Saravia Sao Pablo, Brasil. 1972.

⁹ CORTINA, A. y MARTÍNEZ, E., *Fundamentos de Filosofía moral*, Akal, Madrid, 1996. p. 157.

¹⁰ RUBIO CARRACEDO, J. L., “Globalización y diferencialidad de los derechos humanos” en *Revista ALFA* (Asociación Andaluza de Filosofía), año IV, nº 8, 2000. pp. 69-91.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones, Madrid, Trotta, 1996; AMUCHATEGUI, J. G., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editorial Nacional, Madrid, 1984.

¹² CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos humanos” en MUGUERZA, J. (ed.): *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por G. Peces Barba, Debate, Madrid, 1989.

y su dignidad, sino una respuesta concreta a situaciones de injusticia en determinados contextos históricos determinados. Los derechos humanos, por tanto, son producto de su tiempo y unas necesidades concretas que desarrollan los individuos dentro del entramado social¹³. De aquí, que todo contexto de justificación tenga que remitirse a un contexto de descubrimiento, porque los derechos humanos no son un producto racional, sino histórico, fáctico y concreto. Y aunque todo hombre ha sido siempre poseedor de estos derechos, su conocimiento y definición ha estado sujeta a un largo proceso de descubrimiento histórico¹⁴, paralelo al descubrimiento de la exigencia de libertad, justicia e igualdad para todo individuo por el hecho de ser persona humana. Esta reflexión filosófica sobre el hombre ha influido decisivamente en la toma progresiva de conciencia de los derechos humanos, la ocasión inmediata de la misma ha venido dada, sobre todo, como respuesta a situaciones concretas en la que éstos estaban menoscabados en la práctica.

El propio Norberto Bobbio asevera que es inútil buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos. Al respecto, aduce cuatro razones para justificar su postura: la vaguedad de la expresión, la variabilidad histórica de los mismos, su heterogeneidad y las antinomias que aparecen entre los derechos invocados por los distintos sujetos. Bobbio ha insistido que el centro de la problemática no reside en su fundamento, sino en el desafío de su tutela y protección jurídica. El fundamento absoluto no es sólo una ilusión, sino que a veces ha sido un pretexto para defender posiciones reaccionarias. El propio autor italiano advierte que se trata de encontrar diversos fundamentos posibles. Por tanto, no hay que renunciar a distintos intentos limitados y plurales de argumentación racional en defensa de los derechos humanos en general y, en particular, tampoco a buscar una adaptación y extensión de los mismos a nuevos contextos de la sociedad contemporánea. "El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político."¹⁵

¹³ KRIELE, Martín, "L'universalità dei diritti dell'uomo", *Revista Internacinaionale di Filosofia del Diritto*.

¹⁴ MUGUERZA, J., "La alternativa del disenso", en MUGUERZA, J. (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por G. Peces Barba, Madrid, 1988. Debate, pp. 19-56.

¹⁵ BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" incluido en su libro *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp 117-128; BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos* (trad. Rafael de Asís Roig), Madrid, 1991, p. 61; Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los derechos humanos en Norberto Bobbio" en *Claves de la razón práctica*, 2004, pp. 144.

Acorde a esta perspectiva iuspositivista, priorizar la tutela y protección jurídica implica una grave falta de visión del problema mismo de cómo debemos difundir, consolidar e implantar una verdadera cultura sólida de los derechos humanos. El problema de su conculcación y violación se debe en gran parte al problema de separación drástica y dramática de la esfera teórica-conceptual de la esfera práctica jurídica de los derechos humanos. Sin duda, la praxis judicial depende estrechamente de la hermenéutica jurídica de los derechos humanos, entendiendo por hermenéutica jurídica el trabajo ineludible e imprescindible de interpretación, argumentación, conceptualización filosófica de los derechos humanos.

Todas las Revoluciones políticas liberales han surgido de planes racionales, ideas, sueños, emociones, pasiones, que evidencian la necesidad de un cambio político profundo. En consecuencia, las ideas filosóficas han ejercido un notable influjo en la historia y han sido causas de relevantes acontecimientos históricos, políticos y sociales. La historia nos demuestra la conexión e implicación entre las distintas formulaciones filosóficas como el movimiento intelectual de la Ilustración y su realización sociopolítica e histórica concreta¹⁶ en acontecimientos como la Revolución Gloriosa inglesa (1688), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución americana (1776). Las primeras Declaraciones de Derechos Fundamentales revolucionarias surgieron de un proceso de positivación de la filosofía iusnaturalista ilustrada. “Las normas jurídicas fundamentales, a las cuales también está obligada una praxis socio-estatal, se comportan dialécticamente en relación con las construcciones iusnaturalistas en las cuales fueron legitimadas antiguamente”¹⁷ Actualmente, debemos destacar que existe una clara tendencia, por parte de pensadores neopositivistas, pragmatistas y postmodernos, de descalificar y prescindir de los distintos intentos posibles fundacionales de los derechos humanos¹⁸ en beneficio de un funcionalismo normativo vacío, políticas pragmáticas o un nihilismo escéptico que niega su existencia. Desde esta perspectiva, es alentar hacia una reflexión

¹⁶ BERNSTEIN, R. J., *Praxis y acción*, Madrid, Alianza, 1979. (e. original ; *Praxis and Action*) Pennsylvania: University of Pennsylvania Press. Inc. 1971 y BERNSTEIN, R. J., *La reestructuración de la teoría social y política*. México, Fondo de Cultura Económica. 1983.

¹⁷ HABERMAS, J., “Derecho Natural y Revolución” en *Teoría y praxis*. Estudios de filosofía social, Madrid, Ed. Altaya, pp. 86-116, p. 120.

¹⁸ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Derecho natural y justicia material, F. González Vicén (trad.), Aguilar, Madrid. 1971.

hermenéutica y epistemológica de los derechos humanos dentro de su propia constitución tridimensionalidad interna compleja y variada¹⁹.

2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN CONCEPTO PRELIMINAR

El debate iusfilosófico sobre la conceptualización de los derechos humanos es abundante y detallada.²⁰ Consideramos que cada uno de los términos que se utilizan para denominar a los derechos tales como derechos humanos, Derechos Fundamentales, derechos subjetivos públicos, derechos naturales, libertades públicas, derechos morales, derechos individuales, derechos del ciudadano, contienen o traen consigo una conexión derivada de un contexto histórico, de ideologías específicas, de posiciones científicas o filosóficas particulares²¹. En este sentido, es necesario ofrecer un concepto mínimo de derechos humanos para dar solución a las cuestiones que pretendemos resolver. De este modo, podemos definir a los derechos humanos como:

Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben de ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.²²

Este concepto tiene un fundamento filosófico preciso y claro, proveniente de las ideas del liberalismo político, el movimiento ilustrado y el contractualismo moderno, las cuales lograron ser cristalizadas por movimientos sociales y/o políticos, edificando los tres grandes paradigmas en materia de derechos humanos: el modelo inglés, el americano y el francés. Cotidianamente, leemos u observamos que el término derechos humanos es empleado con ligereza en la retórica parlamentaria y aún en los círculos ilustrados de la comunidad académica. Su frecuente utilización con fines políticos, lo ha

¹⁹ RAWLS, J.: El liberalismo político, Barcelona, Crítica, 1996, p. 127.

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Ver Capítulo 1: "Delimitación conceptual de los derechos humanos", Tecnos, Madrid, 2001; PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, ver Libro I: "Concepto y fundamento de los derechos", Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1999; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El concepto de derecho subjetivo, Fontamara, México, 2004; del mismo autor: El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Trotta, Madrid, 2007.

²¹ PECES BARBA, Curso de Derechos Fundamentales, op. cit., p. 22.

²² PÉREZ LUÑO, Antonio E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., p. 48

despojado paulatinamente de su sentido originario, la carga emotiva y de exigencia moral que encierra es bastante notable, que impide en ocasiones precisar los elementos o caracteres comunes que lo identifican. Por otra parte, el término “Derechos Fundamentales” podemos conceptualizarlo de la siguiente manera.

Derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada [...] se trata de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de derecho.²³

En síntesis, los derechos humanos constituyen en sí categorías inacabadas de pretensiones, recogidas a nivel tanto nacional como internacional, constituidas incluso a partir de principios éticos, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, la libertad, la seguridad, entre otros valores, pero que no todos pueden ser exigibles, dado su carácter de eticidad. Por otra parte, los Derechos Fundamentales constituyen aquellas instituciones recogidas por los ordenamientos jurídicos vigentes, aplicables y exigibles tanto nacional como internacionalmente.

3. DISTINTAS PROPUESTAS O ESTRATEGIAS FUNDACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es complejo resumir el problema de la fundamentación de los derechos en unas cuantas páginas. En esta sección, hemos tratado de sintetizar o resumir algunos de los principales intentos, basados en cinco grandes corrientes, categorías o enfoques doctrinales, expuestos por especialistas.

3.1 LA POSICIÓN DEL NEOPOSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico ha realizado un fuerte reduccionismo simplista de la concepción derechos humanos a mera validez o efectividad jurídica (una norma se considera justa por el mero hecho de ser válida) expresando que el elemento relevante y decisivo de los derechos humanos es su positivación. Es decir, no acepta la idea que los derechos humanos puedan preexistir al

²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2005, p. 47.

Derecho positivo. Por ende, si su fundamento es el derecho positivo, sólo existen los derechos humanos que hayan sido reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico positivo. Por esta razón, los iuspositivistas estrictos, prefieren hablar de Derechos Fundamentales, porque el término derechos humanos o derechos naturales resulta ser una noción contradictoria y antinómica. No obstante, debemos precisar que los Derechos Fundamentales poseen un elemento positivo que les confiere una clara efectividad jurídica; pero al mismo tiempo, poseen un fuerte y alto contenido utópico, esto es, la exigencia ética que reclama incesantemente su cumplimiento.

Es preciso entonces hablar de Derechos Fundamentales como derechos positivos y derechos morales al mismo tiempo, es decir, como dos elementos complementarios no antagónicos. El positivismo jurídico estricto²⁴ elimina el componente valorativo (axiológico), ontológico y filosófico del Derecho, confundiendo la legitimación procedimental de una norma jurídica con la legitimidad moral y política de la misma, no distinguiendo entre legitimidad (validez) y legitimación (efectividad) porque en la propia eficacia jurídica se legitima la norma.²⁵ Pero debemos distinguir distintos niveles de iuspositivismo. Podemos observar un iusnaturalismo extremo en Kelsen, mientras apreciamos un iuspositivismo moderado o tenue en Norberto Bobbio o Gregorio Peces-Barba. Estos últimos autores prefieren fundamentar los derechos humanos en valores o axiología, pero insertos en la norma jurídica, es decir, siempre que hayan sido positivizados, por ello prefieren hablar de Derechos Fundamentales como derechos públicos subjetivos²⁶.

3.2 LA POSICIÓN DEL NEOIUSNATURALISMO

Por "iusnaturalismo" podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas ellas con un núcleo común: la creencia en un orden objetivo suprapositivo jurídico de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano. Una objeción histórica que se le ha realizado al iusnaturalismo es el paso falaz e indebido del ser al deber ser, es decir, la llamada falacia naturalista²⁷. En ella

²⁴ Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y los derechos humanos*, Madrid, 1984. Debate; y Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humano. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, 1984. Paidós.

²⁵ LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 2000. p.74.

²⁶ PECES-BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Madrid, Latina Universitaria, 1980; Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos; 1982.

²⁷ Vid. G.E. MOORE, *Principia Ethica*, México, UNAM, 1972; HUME, D., *A treatise of human nature*, Londres, Fontana-Collins. Véase BEUCHOT, Mauricio, "Derecho Natural y Falacia naturalista" en *Filosofía*

se hace una inferencia errónea al pasar de la naturaleza a la ley, del hecho al valor. Su intento de fundamentar los derechos humanos en una supuesta naturaleza humana fija, indeterminada e inmóvil, hoy por hoy, resulta un intento fallido y fracasado, puesto que nuestra concepción antropológica ha cambiado y, por otra parte, se realiza una inferencia equivocada al deducir de la naturaleza humana (ser) directamente los derechos humanos (deber ser). Dentro de nuestra tradición multisecular iusnaturalista debemos distinguir dos grandes tendencias que suponen dos grandes versiones del iusnaturalismo²⁸:

1) Iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico transcendente²⁹. En esta corriente podemos insertar autores como: Ambrosetti, Luño Peña, Maritain, Finnis, Villey, Gilson, Millán Puelles, Agustín Basave, entre otros.

2) Iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado que no niega la juridicidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo. (Bloch, Del Vecchio, Stammler, Legaz Lacambra, Recaséns Siches, Welzel, Dworkin, Pérez Luño, E. Fernández, C. S. Nino).³⁰

El iusnaturalismo radical³¹ ha tropezado siempre con el escollo que supone negar la condición de derecho a las legislaciones históricas que no responden a determinados criterios de justicia. Esta postura tiene a su favor el rechazo del relativismo y escepticismo axiológicos, pero en su contra, hay que advertir que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables. El problema consiste en el riesgo de este sector de imponer una "tiranía de valores" a los demás. "Las sociedades abiertas y pluralistas actuales parecen más proclives a admitir un iusnaturalismo racionalista, deontológico y crítico, que las versiones ontológicas que, no obstante, siguen contando con la adhesión de un amplio

y derechos humanos, México, siglo XXI, 2006. p. 135; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980.

²⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Lima, 2005. Palestra, 4º ed., p. 41.

²⁹ PUTNAM, Hilary, *Razón, verdad e historia*. Tecnos, Madrid, 1988.

³⁰ En la comunidad iberoamericana, ha existido un tradicional dominio del iusnaturalismo en la filosofía del Derecho, explícitamente, un iusnaturalismo neoescolástico, fuertemente conservador y dogmático. Esto explica que la aparición de corrientes críticas haya sido más tardía y débil que en Europa o Estados Unidos, y que en algunos casos como México, Chile, Argentina y España la visión iusfilosófica analítica y positivista haya cumplido una función política e intelectualmente innovadora e incluso crítica en su momento. PÉREZ LLEDÓ, J. A., "Teorías críticas del Derecho" en GARZÓN VALDÉS E. y LAPORTA, Francisco J. *El Derecho y la Justicia*, Trotta. 1996.

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique op. cit., p. 137

sector de estudiosos que defienden posiciones confesionales, especialmente neotomistas”³². El iusnaturalismo ha tratado de defender la posición de los derechos humanos como derechos morales tratando de restar importancia al elemento de la positividad de los derechos humanos como aspecto decisivo fundacional de los mismos.

Las tesis iusnaturalistas entrañan una visión ideal, trascendente y abstracta del Derecho, mientras que para Dworkin el derecho y sus valores se sitúan en el plano de la práctica jurídica. El jurista de la Universidad de Oxford nos habla de principios, que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino en convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares, entendidas en sentido amplio.³³ Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”³⁴: Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (policies) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aun cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. El iusnaturalismo moderado trata de recuperar la idea de la existencia de unos derechos morales, naturales, previos al Estado y que, en todo caso, sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al Gobierno. Estos principios morales son vividos por una determinada comunidad y a ellos puede acudir un juez para decidir ante los casos difíciles.³⁵

El Derecho no es más que un instrumento que tiene como fin tutelar y garantizar los Derechos Fundamentales frente a las agresiones o violaciones de la mayoría y del gobierno. Por lo que, Dworkin habla de los derechos contra el Gobierno (rights against the Government), es decir derechos³⁶ cuya violación admitiría y justificaría unos actos de desobediencia frente al gobierno. Estos derechos no son derivados del propio ordenamiento jurídico, sino derechos morales del individuo. En este sentido, la teoría del Ronald Dworkin acerca del Derecho y la justicia es una postura antipositivista, en el

³² BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos* (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica), Siglo XXI, México, 2004, p. 162.

³³ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2011, p. 1.

³⁴ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; trad. Cast. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, p. 307; DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, 1993. Paidós.

³⁵ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política como clave de la teoría y la práctica*. Gedisa, Barcelona, 1998.

³⁶ Vid. DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

sentido que sostiene la existencia de derechos preexistentes al reconocimiento legal y positivo del ordenamiento jurídico.

3.3 LA POSICIÓN DEL COMUNITARISMO: MICHAEL WALZER Y ALASDAIR MACINTYRE

Los pensadores comunitaristas sostienen que la cultura de los derechos humanos ya no cohesiona a las sociedades complejas postindustrializadas y multiculturales, es decir, no aglutinan a la ciudadanía en torno unas exigencias comunes mínimas que puedan asumir todos sus miembros. Las sociedades democráticas modernas tienen que hacer frente cada vez a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y sus diferencias culturales. Pensemos en los grupos indígenas, movimientos de minorías sexuales, religiosas, raciales, etc. La multiculturalidad es una expresión nítida y clara del hecho histórico del pluralismo cultural, de la existencia de códigos distintos en un contexto global diferencial. En este sentido, lo que hay que compartir no son derechos y libertades formales, sino bienes particulares y concepciones de una vida buena. En oposición a la anomia³⁷ que rige nuestras sociedades, precisamos de la pertenencia a comunidades que sí implican la asunción de unos deberes, responsabilidades y unas normas que unen a los miembros de dicha comunidad. Ésta, implica directamente la idea de moralidad como mecanismo más amplio, menos costoso y menos coercitivo para atender a las necesidades y asuntos comunes.

Para el comunitarismo³⁸, desde su contextualismo extremo, el concepto de justicia está íntimamente ligado a la noción de bien y no cabe separación posible. En concreto, Michael Walzer propone una concepción pluralista de justicia, y critican el ideal de "igualdad simple" porque precisaría de la intervención del Estado. No obstante, esta concepción de igualdad es muy "simplista" y no resuelve las demandas de los nuevos movimientos sociales, el problema de la ciudadanía multicultural y las enormes desigualdades socioeconómicas provocadas por el mercado neocapitalista internacional. Mientras los liberales inciden, de forma especial, en los procedimientos, los

³⁷ La crisis anómica implica confusión, conflicto de normas y surge cuando se da el choque entre "fines culturales y normas institucionales". Vid. GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*. Barcelona, 1974. Ariel.

³⁸ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre comunitaristas y liberales" en *Anuario de Derecho Universidad de Alcalá de Henares*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2006. pp. 6-44.

comunitaristas inciden en los bienes compartidos que alimentan la justicia. Igualmente, MacIntyre, desde una posición de comunitarismo radical, defiende cómo los derechos humanos son puras ficciones, entelequias o ilusiones³⁹. Creer en los derechos humanos es como creer “en brujas y en unicornios”. Sin duda, ante dicha opinión podemos aducir como la evidencia empírica nos demuestra que las violaciones cotidianas de los derechos están lejos de ser pura ilusión o fantasía.

La tradición de los comunitaristas como Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor, Robert Bellah rechazan la concepción de derechos individuales, ahistóricos y racionales producto de la modernidad jurídica ilustrada. Estos pensadores cuestionan profundamente las instituciones liberales y la cultura moderna de los Estados democráticos actuales. Estas instituciones políticas y jurídicas no sobreviven al ocaso de la justificación filosófica que la Ilustración había proporcionado. Michael Walzer propone una concepción pluralista de justicia, y critica el ideal de “igualdad simple” porque necesitaría la intervención del Estado. Sin embargo, esta concepción de igualdad es muy “simplista” y no resuelve las demandas de los nuevos movimientos sociales y las enormes desigualdades provocadas por el mercado capitalista liberal. Por eso, Walzer postula una “igualdad compleja” que conduce a una “justicia compleja”⁴⁰. Pero ello puede conducir, no ya al pluralismo social, sino al relativismo generalizado, si no se adoptan cautelas para que se mantenga, al menos, una justicia mínima, generalmente compartida.

Toda reclamación sustantiva de la justicia requiere de un tratamiento local, de modo que, una sociedad es justa, si su vida básica es vivida de manera fiel a una visión común que aglutine a todos sus miembros. El sentido de justicia no se fundamenta en el conjunto de derechos humanos universales, sino en el modo específico como cada comunidad define la significación y distribución de los bienes. “Una sociedad determinada es justa, si su vida esencial es vivida de cierta manera, esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros”⁴¹. La concepción antropológico-jurídica que

³⁹ MACINTYRE, A., *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1981. Ver PUTNAM, Hilary, *La herencia del pragmatismo*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 193.

⁴⁰ Vid., WALZER, M. *Esferas de la justicia*, México, F.C.E., 1993.

⁴¹ WALZER, Michael, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1993; WALZER, M. *Esferas de la justicia*, México, F.C.E.; MILLER, D. y WALZER, M. (comps), *Pluralismo, justicia e igualdad*, México, F.C.E., 1999.

subyace detrás de la noción de derechos humanos es una concepción flexible, maleable y abierta. El ser humano es una criatura que produce cultura, es decir, hace mundos llenos de sentido; pero dado que no podemos ordenar ni clasificar estos mundos en lo concerniente a los bienes sociales, procuramos hacer justicia a todos sus miembros. Con esto, Walzer no se sitúa en un relativismo cultural extremo y radical, pues admite que ciertos principios internos a una sociedad, ciertas concepciones de los bienes sociales son repetidos en muchas sociedades humanas o casi todas. “La justicia está enraizada en las distintas nociones de lugares, honores, tareas, cosas de todas clases, que constituyen un modo de vida compartido. Contravenir tales nociones es siempre obrar injustamente.”⁴²

Otro pensador inscrito en esta corriente iusfilosófica es Will Kymlicka, un pensador preocupado por los problemas de las minorías dentro de sociedades complejas multiculturales, como ocurre en Canadá, y en este sentido ha elaborado “una teoría liberal de derechos colectivos”⁴³. Desde esta perspectiva, Kymlicka se acerca a posiciones comunitaristas cuando concibe a los seres humanos no como “átomos aislados” sino como sujetos sociales y comunitarios cuya pertenencia a un grupo cultural constituye un ingrediente esencial de sentido y autoestima como individuos. La tradición liberal, según Kymlicka, ha sostenido una neutralidad estatal frente a grupos etnoculturales, de forma que cualquier forma de ciudadanía diferenciada, puede ser peligrosa por la primacía de un determinado grupo sobre el individuo. Los liberales se han equivocado al no dar importancia a la pertenencia a un grupo cultural como factor decisivo de bienestar individual y del propio respeto.

3.4 LA POSICIÓN DISCURSIVA DE J. HABERMAS Y K. O. APEL

Habermas defiende el doble dimensión moral (iusnaturalista) y jurídico (iuspositivista) de los derechos humanos que trasciende por su universalidad los ordenamientos jurídicos particulares de los Estados, tratando de conectar los derechos humanos con la idea kantiana de un “derecho cosmopolita”⁴⁴. El punto de vista moral puede bastar para justificarlos, pero eso no los reduce a

⁴² WALZER, M., *Ibid.*, p. 324.

⁴³ DE LUCAS, J., “Introducción. El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, AA. VV., en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. pp. 11-27.

⁴⁴ HABERMAS, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999. p. 176 y ss.

normas morales, ni impide que tengan una naturaleza jurídica que fundamenta pretensiones jurídicas reclamables. "Los derechos humanos poseen originariamente una naturaleza jurídica. Lo que le presta la apariencia de derechos morales no es su contenido y con mayor motivo tampoco su estructura, sino su sentido de validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales,"⁴⁵ aunque no acude para la fundamentación de los derechos humanos al iusnaturalismo clásico. Su falta de aceptación del derecho natural se debe a que se supone suscribir una determinada concepción ético-metafísica del mundo y del hombre, cuando la situación actual se caracteriza por el pluralismo ideológico, cultural y de concepciones del mundo.

K. O. Apel sitúa el problema de la fundamentación en el ámbito de la búsqueda de las condiciones transcendentales de la validez intersubjetiva de la argumentación que pueden hallarse en la lógica (Kant), en el sistema coherencial (Hegel), en la semántica (Peirce) o en la pragmática universal (Apel-Habermas). De esta forma, hoy más que nunca se hace urgente una moral universal, vinculante para toda la humanidad. Apel ha subrayado la importancia de unas normas universalmente vinculantes dotadas de validez intersubjetiva, o al menos de un principio moral básico que sirva de base común para la práctica de la responsabilidad solidaria, indispensable para la supervivencia de la humanidad⁴⁶.

Estos autores proponen fundamentar los derechos humanos en un consenso dialógico entre todos los afectados por ellas y bajo la suposición de condiciones ideales de igualdad y simetría entre todos los que intervienen en el proceso discursivo⁴⁷. Esta posición procedimentalista pretende fundamentar los derechos desde una ética comunicativa y discursiva. Esta ética del discurso no es una ética individualista, sino política y dialógica en la que se busca un consenso racional acerca de los intereses comunes. Una ética universal comunicativa y dialógica que presupone la existencia de una

⁴⁵ HABERMAS, J., "La idea kantiana de paz perpetua" en *La inclusión del otro* (Estudios de teoría política), Barcelona, 1999. Paidós, p. 157.

PÉREZ LUÑO, A. E., "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, (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. 464.

⁴⁶ APEL, K.O. *Transformation des Philosophie*, Vol.2. pp. 359-363.

⁴⁷ HÖFFE, Otfried, "Estados nacionales y derechos humanos en la era de la globalización *Revista Isegoria*, Madrid, 2000, n°22, p. 167.

“comunidad ideal de diálogo” o “situación ideal de habla” y por tanto, entra en la Utopía de la comunicación⁴⁸.

Este ideal regulativo o utopía de la comunicación actuaría de fundamento legítimo de toda normatividad y legalidad frente a las insuficiencias de las democracias representativas indirectas o democracias formales. Habermas no está proponiendo una utopía política, sino una ética de mínimos que suministra un procedimiento formal (o sea cómo debemos actuar, no lo que debemos hacer). La situación ideal de habla consiste en una comunidad intersubjetiva de comprensión recíproca y de comunicación que busca el consenso racional de todos sus participantes. Esta situación se construye sobre la libertad de participación en el discurso la igualdad de oportunidades (formación cultural, posición socioeconómica), la relación comunicativa simétrica (misma posición) y la ausencia de coacción.

3.5 LA POSICIÓN NEOCONTRACTUALISTA DE RAWLS

Las principales características del concepto y fundamento de los derechos humanos en Rawls consisten: en primer lugar, “estos derechos no dependen de ninguna doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana según la cual, por ejemplo, todos los seres humanos son personales morales y tienen igual dignidad u ostentan ciertos poderes morales e intelectuales particulares que los invisten de esos derechos”⁴⁹. Para el autor norteamericano, una sociedad bien ordenada lo es no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando está regulada efectivamente por una concepción de justicia. Al respecto, advertía que nuestras sociedades no están bien ordenadas y que es necesario proceder a una reconstrucción del entramado normativo que pueda reordenarlas. Sin embargo, la conculcación de los Derechos Fundamentales tiene multitud de niveles y causas y resulta absurdo pretender que una simple teoría normativa pueda solventar dicho desorden tan complejo.⁵⁰

⁴⁸ MENENDEZ UREÑA, E., *La teoría crítica de la sociedad de Habermas*. Ed. Tecnos. Madrid, CORTINA, Adela, (1996) *Crítica y Utopía: la escuela de Frankfurt*, Cíncel, Madrid. 1978.

⁴⁹ RAWLS, J., *El derecho de gentes* en SHUTE S. y HURLEY S., op. Cit., p. 71. SHUTE, S. and HURLEY, S., *On Human Rights*. Oxford, 1993. *The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books.

⁵⁰ RAWLS John, “Justice as Fairness: Political, not Metaphysical” *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1, 1990. pp. 223-251.

El Estado democrático y social de derecho, como garante de los Derechos Fundamentales, para Rawls, consiste en “una justicia procedimental imperfecta”. En un procedimiento que intenta ser justo, pero que por sí solo no asegura la justicia de los resultados. Igualmente entiende la igualdad en el sentido aristotélico como justicia distributiva frente a una concepción liberal meramente formal.

No podemos concebir la democracia ni los derechos humanos sin una concepción de justicia, igualdad y libertad compartida que informe a todos los individuos. Rawls nos está ofreciendo una concepción política de justicia que no es una concepción moral para un tipo de ciudadano o instituciones políticas o sociales. Esta concepción no es omnicompreensiva, sino más bien ideas intuitivas fundamentales que se encuentran latentes e implícitas en la cultura política de una sociedad democrática.

En su libro *Teoría de la justicia* nos dice: “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”⁵¹, y su objeto primario es la estructura básica de la sociedad, es decir como las instituciones sociales más importantes que regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social. En este sentido, los dos principios de la justicia serían el principio de igualdad al más amplio sistema de libertades básicas (libertad de pensamiento, conciencia...) y el principio de diferencia que estructure las desigualdades económicas y sociales en un mayor beneficio de los más desfavorecidos (justa igualdad de oportunidades).⁵² Por ende, la concepción de justicia pública es el fundamento dialógico-moral de todo ordenamiento jurídico positivo y, además, criterio de interpretación y legitimación de las políticas públicas y sociales del Estado democrático y social de Derecho.

⁵¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (ed. Cast. *Teoría de la Justicia*, trad. De M.d. González, México, 1993. FCE.). RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, 1978. F.C.E.

⁵² RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, 1996. Crítica

3.6 LA POSICIÓN NEOPRAGMATISTA

Los derechos del hombre no necesitan fundamento, sino su propagación, garantía y difusión para mejorar el respeto a la condición humana. La igualdad, dignidad, libertad y solidaridad humana no arraiga, emerge, ni surge de ninguna “esencia humana universal”. Estos valores dependen más bien de la buena voluntad de los hombres, de su capacidad de apertura e integración a ciertas sociedades en el sentido de mayor acogida y apertura hacia la diversidad humana, es decir, hacia la multiculturalidad⁵³. Rorty señala que se ha producido un importante avance intelectual; hemos eludido la pregunta: ¿cuál es nuestra naturaleza? y la hemos sustituido por ¿qué podemos hacer de nosotros mismos?

Los cambios importantes para una vida mejor, han ocurrido, fundamentalmente, a través de las diversas narrativas y de grupos “separatistas” o marginales que han entrado en la escena política. En torno al concepto de narrativa, engloba las novelas, las descripciones etnográficas, los reportajes periodísticos, en definitiva cualquier documento que nos provea de un recuento amplio y preciso del sufrimiento, discriminación y humillación de los diversos grupos minoritarios. Tales narrativas permiten acrecentar la solidaridad por medio de la comprensión de su sufrimiento, y por consiguiente, el horizonte del “nosotros” puede ampliarse, crecer y expandirse mediante nuevas visiones. La solidaridad⁵⁴ sería, pues, la habilidad para restar importancia a las diferencias tradicionales, disminuir su peso cuando se comparan con la humillación y sufrimiento de esos grupos minoritarios.

El problema del fundamento de los derechos humanos, para Rorty, es una cuestión filosófica trasnochada, pasada de moda, que guarda un cierto sabor a metafísica rancia, caduca y dogmática. Sólo debemos atender a su utilidad social y política, nunca a su fundamentación. Richard Rorty, como detractor de los discursos fundacionalistas, afirma la inutilidad de la pregunta ¿por qué

⁵³ RORTY, R., *Pragmatismo y política* (trad. Rafael Del Águila) Barcelona, 1998. Paidós, p. 102. RORTY, R., *Forjar un país. El pensamiento de izquierdas en los Estados Unidos del siglo XX*. Barcelona, Paidós. AGUILERA PORTALES, Rafael, “El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss”, en *Revista Gaceta de Antropología*, Universidad de Granada. 2002, nº 18.

⁵⁴ RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad* (trad. de A. E. Sinnott), Barcelona, Paidós, 1991. Consultar también DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

ser solidario y no cruel? Sólo los teólogos y los metafísicos piensan que hay respuestas teóricas suficientes y satisfactorias a preguntas como esta. Por el contrario, de lo que se trata es de afirmar que tenemos la obligación de sentirnos solidarios⁵⁵ con todos los seres humanos y reconocer nuestra "común humanidad". Explicar en qué consiste ser solidario es tratar de descubrir una esencia de lo humano, sino en insistir en restar importancia a las diferencias de raza, sexo, religión, edad en comparación al sufrimiento, humillación y crueldad a la que están sometidos amplias mayorías de seres humanos, sin renunciar al nosotros que nos contiene a todos.

Pero, desde este pragmatismo⁵⁶ basado en la eficacia, podríamos preguntarle a Rorty: ¿Cómo difundir los derechos humanos si no cabe argumentación racional en su defensa?, ¿cómo podemos propagar los derechos humanos de forma eficaz si no podemos ejercer la crítica racional contra las instituciones que vulneran estos derechos?, ¿cómo propagar los derechos humanos sin un apoyo sólido y firme que posibilite y explique su elección preferencial?, ¿cómo articular una mayor protección jurídica de los derechos humanos si no podemos articular estrategias fundacionales que ayuden a comprender su enorme valor axiológico-deontológico (ético), político-legitimador (socio-político) y valorativo-interpretativo (iusfilosófico)?

Rorty huye de toda categoría y teoría que posibilite argumentar y generar una cultura sólida y profunda de los derechos humanos. Su miedo antiesencialista le impide ver que precisamos de nociones como humano e inhumano, dignidad, persona que nos permitan distinguir un mayor o menor nivel de reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos. Estas nociones nos sirven para profundizar, argumentar y difundir la cultura de los derechos humanos. Su postura reduce la difusión y propagación de los derechos humanos a una simple cuestión de mera sentimentalidad, despojándolos de su fuerte carácter cognitivo, educativo, valorativo y racional desde una ética banal y frívola.

⁵⁵ RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad* (trad. de A. E. Sinnott), Barcelona, Paidós, 1991. Consultar también DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

⁵⁶ RORTY, R., *a filosofía y el espejo de la naturaleza* (trad. de J.M. Esteban), Madrid, Tecnos, 1989.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA HISTORIA

El origen y evolución de los derechos humanos a lo largo de la historia debe servir para comprender las aspiraciones y necesidades de cada época determinada.⁵⁷ Hemos basado esta parte de la investigación en un estudio realizado por el jurista italiano MAURICIO FIORAVANTI, en torno al cual hemos tomado los tres principales modelos a desarrollar en esta parte de la investigación, ellos son el modelo historicista, estatalista e individualista, respectivamente.⁵⁸

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO POLÍTICA GLOBAL EN LA HISTORIA

Los derechos humanos constituyen una de las grandes construcciones político-jurídicas de nuestra tradición moderna. La modernidad supuso una etapa histórica fundamental en el proceso de creación de los Estados-nación en nuestra cultura occidental. En este aspecto, el universalismo moral y político de los derechos humanos conforma una característica típica de nuestra tradición cultural, que arranca con la síntesis y sincretismo que se produjo entre dos grandes pilares, por un lado, la tradición judeo-cristiana y la tradición greco-latina. El concepto de igualdad y dignidad humana presuponen una aspiración universal que se encuentra inserta en nuestra cultura occidental.⁵⁹

Tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han pasado de ser el credo insurgente de los activistas durante la guerra fría, a integrarse plenamente en el marco de las políticas estatales, las instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial y en el propio sistema de las Naciones Unidas, es decir, un discurso político e ideológico que ha calado bien profundo en nuestras actuales instituciones políticas, sociales y económicas. Los derechos humanos se han convertido en un instrumento político y jurídico global que tiene un alto impacto local en los distintos países donde la

⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.

⁵⁸ FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.

⁵⁹ IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 75.

injusticia, la inequidad y dominación siguen siendo hábitos sociales y culturales.

Todos los estados que firmaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, han propiciado una cultura global de hacia los derechos y forman parte de un consenso normativo internacional que pretendía rediseñar y reorganizar las relaciones internacionales tras las Segunda Guerra Mundial.⁶⁰ Pensemos, por ejemplo, que en 1945 no existía una única cultura de los derechos humanos, sino dos tradiciones o culturas distintas; una que enfatizaba los derechos económicos y sociales, en oposición a los derechos individuales del liberalismo político, y otra, de índole capitalista, que primaba los derechos individuales por encima de los derechos económicos y sociales.

Este instrumento internacional se ha convertido en el texto sagrado por excelencia que actualmente mide el progreso humano de cualquier sociedad, incluso, conforma una cosmovisión ideológica y secular que resume todas las creencias y valores supremos de la condición humana. El lenguaje de los derechos humanos se ha convertido en la instancia última de autoridad que vela por la protección de la vida y la libertad humana. Por ende, los derechos humanos constituyen el lenguaje y el instrumento óptimo mediante el cual los individuos pueden proteger su autonomía y libertad personal contra cualquier forma de opresión religiosa, estatal, familiar o grupal. En este sentido piensa Michael Ignatieff: "... los derechos humanos no son tanto una declaración de superioridad de la civilización europea, sino un aviso de los europeos, para que al resto del mundo no repita sus errores."⁶¹

Los Derechos Fundamentales garantizan a la sociedad y los individuos una esfera de autonomía privada y libertad pública; frente a ella, un poder público limitado con pocas tareas centrales;⁶² y, por así decirlo, entre ambos, el ámbito del interés general de los hombres reunidos como público que, en tanto que ciudadanos del Estado participan políticamente. Igualmente, estos

⁶⁰ Vid., TORRES DEL MORAL, Antonio, Principios de Derecho Constitucional Español, Ediciones Átomo, Madrid, 1988, Vol. 1. Véase también su otro trabajo "Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional", en Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n° 203, 1975.

⁶¹ IGNATIEFF, Michael, Los derechos humanos como política e idolatría, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 86.

⁶² HABERMAS, J., Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso. Madrid, Trotta, 1998.

generan un marco común para la resolución de los conflictos, un conjunto de creencias, convicciones y valores comunes que puede ayudar a las partes enfrentadas a deliberar colectivamente. Aunque, somos conscientes de que el lenguaje común de los derechos humanos no tiene por qué facilitar el acuerdo o consenso inmediato para la resolución de los mismos; pero constituye el punto de partida de aquél.

En este sentido, los derechos del hombre contemplados desde el liberalismo político, suponen el rechazo a todo tipo de injerencias y abusos estatales en los recintos que deberían quedar esencialmente reservados a los hombres particulares⁶³ ligados a las reglas generales del tráfico jurídico. Pero igualmente, cabe interpretarlos como principios de una constitución que organice Estado y sociedad, simultáneamente con la finalidad de ser eficaces como garantes positivos de una igual participación de oportunidades en el proceso de producción, tanto de riquezas sociales como de opinión pública. Los Derechos Fundamentales constituyen la garantía y requisito de todos los ciudadanos a una igualdad de oportunidades y participación política en un Estado democrático y social de derecho.

En la actualidad, la retórica de la política exterior de la mayor parte de los Estados liberales occidentales manifiesta que los intereses nacionales deben equilibrarse con el debido respeto por los valores, destacando entre ellos los derechos humanos. Pero éstos no constituyen un elemento cualquiera en el conjunto de prioridades de la política estatal.⁶⁴ Si se toman en serio, los valores de los derechos ponen en duda intereses tales como el mantenimiento de un gran sector exportador en la industria defensiva de una nación. Las críticas de los países occidentales a países como Indonesia, o Turquía por su historial en esta materia, se vuelven incoherentes si aquéllos siguen proporcionando a sus ejércitos los vehículos o las armas que pueden emplearse para la represión de los disidentes civiles. La fuerte hipocresía de Occidente y de los países desarrollados consiste en vender armas a estos países y luego exigirles el respeto a los derechos. Como dice Victoria Camps: "El culto de nuestro tiempo es el de los derechos humanos."⁶⁵

⁶³ HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución", incluido en su Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, (3ª ed.), Tecnos, Madrid, 1997.

⁶⁴ IGNATIEFF, Michael, Los derechos humanos como política e idolatría, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 47.

⁶⁵ CAMPS, Victoria, "El descubrimiento de los derechos humanos" en Muguerza, J.: El Fundamento de los derechos humanos, ed. Debate, Madrid, 1989. Victoria Camps, p. 111.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos constituyen una de las grandes categorías jurídicas y políticas de la modernidad, que tanto se ocupan del hombre, del Estado, y del derecho como también de los ciudadanos. La ciudadanía adquiere plena conciencia a partir de la concepción de titularidad legal de un marco general de Derechos Fundamentales.⁶⁶ La transición de súbditos o vasallos a ciudadanos significa y expresa el reconocimiento y goce de los derechos y libertades que el Estado debe proteger. La pertenencia de los derechos humanos a la modernidad significa que se encuentran inmersos de lleno en una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media.

Por tanto, nos encontramos ante una categoría histórica que supone la transición del Medievo a la modernidad. La cultura de los derechos humanos aluden a una cosmovisión individualista y subjetiva que proporcionara su carácter de capacidad jurídica frente a otros y frente al Estado, es decir, su titularidad individual inmersa en un sistema jurídico objetivo.⁶⁷ El término derechos públicos subjetivos, es por tanto una categoría moderna, aunque tenga sus antecedentes en el nominalismo medieval surge en el seno de la escuela del derecho público alemán en el siglo XIX. En este sentido los derechos subjetivos constituyen una versión positivista de los derechos naturales, amparados ambos en el marco cultural antropocéntrico de la modernidad.

Los derechos humanos son un producto cultural de nuestra comunidad política que se enmarca en la tradición moderna de Occidente. Y a partir de su descubrimiento han ido expandiéndose de forma universal, de este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, bajo el auspicio de Naciones Unidas, significa un replanteamiento de los fundamentos de los derechos humanos y una puesta en marcha de todo un programa de

⁶⁶ PEÑA, Javier: "La formación histórica de la idea moderna de ciudadanía" QUESADA, Fernando (coord.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 2002.

⁶⁷ Vid., PECES-BARBA, G. con la colaboración de DE ASÍS, R., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LLAMAS, A., *Curso de derechos fundamentales*, (1) Teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 27.

universalización efectiva⁶⁸. Aunque dentro de esta tradición se producen diversas fuentes, la iusnaturalista-contractualista y la historicista. La primera es la fuente que gestó los derechos humanos en las Revolución Americana (1776) y Revolución Francesa (1789), y la segunda fue la primera formulación de los derechos humanos (Bill of rights, 1689) bajo la Revolución gloriosa inglesa (1668).

3. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Mauricio Fioravanti distingue tres corrientes interpretativas de fundamentación constitucional de los derechos y la libertades, un modelo historicista e individualista, construida en clave antiestatalista (Revolución Americana); un modelo individualista y estatalista de las libertades y Derechos Fundamen-tales, construida en clave antihistoricista (Revolución Francesa); y finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (juristas del Estado de Derecho del siglo XIX).⁶⁹

El modelo de explicación historicista de las libertades privilegia los tiempos históricos largos, y en particular, tiende un puente entre la Edad Media y la Edad Moderna. Existe una fascinación por la Edad Media en el pensamiento historicista y esta se debe al hecho de que el sujeto político de este género está ausente en la época: de aquí partiría la tradición europea de la necesaria limitación del poder político de "imperium". Esta posición, considera que estaríamos ante una primera fase de la historia del Estado moderno y las raíces de la libertad como autonomía y como seguridad, como tutela de los propios derechos y bienes. Como dice Mauricio Fioravanti: "No se debe cometer el error de proyectar en el futuro, una de las más relevantes novedades contenidas en los contratos de dominación: el nacimiento de las asambleas representativas de los estamentos que colaboran con el señor en la gestión del poder."⁷⁰

El constitucionalismo medieval pone límites y frenos al poder político a través de privilegios otorgados a los gremios, a clases sociales o la burguesía

⁶⁸ ETXEBARRIA, Xavier, "Universalismo ético y derechos humanos" en RUBIO CARRACEDO, J. L. Retos pendientes en Ética y política Revista Malacitana, nº 5.

⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, 2ªed., Madrid, Trotta, 1996.

⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales...op. cit... p. 54.

naciente de las ciudades que se plasma en textos jurídicos como la Carta Magna Leonesa otorgada por el rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o la Carta Magna inglesa en 1212.⁷¹ El paso de privilegio a derecho fundamental equitativo con destinarlo genérico será el siguiente paso en el proceso histórico de evolución de los Derechos Fundamentales. En este sentido, Inglaterra, y también España, a través de las Cortes de León y Castilla, desarrollan una práctica parlamentaria muy anterior a cualquier país europeo.

La libertad política en la Edad Media significaba, en primer lugar, la supremacía del Derecho, derecho que era expresión de los hábitos de la vida de la comunidad y también de la voluntad misma, pero no sólo esto. En la Edad media se había desarrollando una forma o método de expresar la voluntad de la comunidad, a saber, el sistema representativo, no sólo adaptado a las ciudades pequeñas, sino también a los Estados nacionales que se estaban formando. Es cierto que el desarrollo de las libertades municipales de las ciudades de Italia tuvo una importancia inmensa, relacionada con el desarrollo económico, pero esto expresaba también las enormes energías vitales del espíritu humano y el republicanismo cívico que vivieron.

Fue en España donde los representantes de las ciudades fueron convocados por primera vez a los grandes consejos del reino, más de cien años antes del "Parlamento modelo" de 1295 en Inglaterra, y en los siglos XIII y XIV encontramos algo parecido en casi todos los países de Europa.⁷²

En Inglaterra, hacia finales del siglo XII, se producen unos enfrentamientos con Juan sin Tierra se manifiestan en acciones conjuntas la fuerza de obispos, barones y ciudadanos londinenses; éstos se organizan al margen de la legalidad y negocian con el rey (1215) la Magna Carta que es sustancialmente, una más de las cartas libertad-privilegio (de clérigos y de los barones) con algunas novedades importantes: se reconoce el derecho de todos a obtener justicia y se limita el poder real de imponer tasas sin el consentimiento del Consejo común, de la Curia feudal, el control del cumplimiento de los compromisos del monarca se encomienda a una comisión de veinticinco miembros. Este consejo comienza a funcionar en

⁷¹ La Carta Magna Leonesa fue el conjunto de leyes aprobadas por las Cortes de León en 1188 que protegían y garantizaban los derechos procesales constitucionales como libertad personal, el derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio de todos los ciudadanos del Reino.

⁷² CARLYLE, Political liberty,... op. cit...p. 67.

1258 coincidiendo con una grave situación de las finanzas reales: los barones imponen al rey un Consejo de veinticuatro miembros de los que doce serán nombrados por el monarca y los restantes por los barones. El Consejo común, que recibe por primera vez el nombre de Parlamento se reunirá tres veces al año y con carácter extraordinario cuando lo aconsejen las circunstancias, para estudiar el estado del reino y tratar de las necesidades del Rey y del Reino.

La Carta Magna ha sido considerada como el baluarte y piedra angular del sistema constitucional inglés y como la primera ley fundamental de toda su historia política y jurídica. El objetivo de este documento es resolver un problema político específico de equilibrio de poderes y reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los señores feudales. La Carta Magna simboliza, según Martín Kriele, el núcleo matriz de todos los Derechos Fundamentales en cuanto a la protección contra la detención y persecución penal arbitraria, el derecho fundamental originario y la raíz de la libertad, pues sin este derecho la libertad del hombre está permanentemente amenazado, todo tipo de expresión política, ideológica o religiosa puede costarle su libertad personal.⁷³

La concepción de individuo que nació de la modernidad constituye el sustrato o fundamento de los derechos humanos. La modernidad reafirma la libertad entendida como facultad de autodeterminación de todo ser humano y, en este sentido, supuso una revolución epistemológica y metafísica para el mundo moderno con respecto al mundo medieval. Sin duda, el detonador o polvorín estaba cargado en la filosofía nominalista de Duns Scoto y Guillermo de Ockham. Para el nominalismo sólo existen y son reales los seres singulares designados con nombres propios, los nombres propios, los nombres comunes o universales son sólo instrumentos útiles para connotar una pluralidad de seres individuales. La noción de derecho subjetivo no es romana ni medieval sino posterior, es decir que no podemos equiparar el significado a la facultas o potestas hasta bien entrada la modernidad.⁷⁴ En este sentido, debemos afirmar la plena modernidad del concepto de derechos humanos. Como señala el profesor Truyol y Serra: "La conciencia clara y universal de los

⁷³ KRIELE, Martín, Introducción a la teoría del Estado, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 209.

⁷⁴ VILLEY, Michel, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume de Occam", en Archives de Philosophie du Droit, Paris, 1964, t. 9. Luc Ferry y Alain Renault, Philosophie politique, cit, vol3, p. 74, (trad. Cast. La formation de la pensée juridique moderne, Paris, Montchsertien, 1968, pp. 254-262.) Véase Carpintero, Historia del derecho natural, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales “derechos estamentales” hasta los “derechos del hombre”, se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden.”⁷⁵

Igualmente, Peces Barba es contundente en la afirmación de que no se puede hablar propiamente de Derechos Fundamentales hasta la modernidad por lo que estamos afirmando un concepto histórico propio de este tiempo.⁷⁶ Evidentemente, esto no quiere decir que las ideas de dignidad humana, libertad e igualdad no existiesen con anterioridad, podemos apreciar estas ideas en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás; pero se consolidan como conceptos autónomos dentro de una cultura política y jurídica propia del Renacimiento. La positivación de los derechos naturales, el surgimiento de una nueva concepción de individuo como interlocutor exclusivo del nuevo Estado, la desaparición de las relaciones estamentales, el fortalecimiento del poder del Estado frente a otros órdenes o poderes como la Iglesia, el monopolio de la producción normativa (autoritas, non veritas facit legem), el cambio o sustitución del paradigma teocéntrico por uno antropocéntrico con un ética humanista, sin duda, contribuye al surgimiento de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas, la burguesía fue la clase social hegemónica y sobresaliente que impulsó la práctica de los nacientes Derechos Fundamentales. La transición del sistema económico feudal al sistema capitalista fue lenta hasta alcanzar su plena madurez con el capitalismo industrial del siglo XVII y XIX. Como dice Von Martin: “[...] El espíritu democrático y urbano iba carcomiendo las viejas formas sociales y el orden divino, “natural” y consagrado. Por eso fue necesario ordenar este mundo partiendo del individuo”⁷⁷ El surgimiento del Estado moderno obedece a numerosas causas entre las cuales podemos enumerar: el monopolio en el uso de la fuerza legítima frente a la supremacía de la Iglesia Católica. El Estado asume la función como soberano de creación del Derecho, la tensión medieval entre derecho natural y derecho positivo se diluye cuando el Estado positiva esos derechos. Los Derechos Fundamentales surgen como un reflejo del

⁷⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio, Los derechos humanos, Madrid, Tecnos, 1984, p.12.

⁷⁶ PECES BARBA, Gregorio (et al.), Curso de derechos fundamentales, cit., p. 129.

⁷⁷ Ibidem, 95.

iusnaturalismo racionalista que va a ser progresivamente estatalizándose, es decir, como una expresión dialéctica de pretensiones morales del hombre (derechos naturales) que va a ser reconocidos y protegidos por el Derecho positivo como Derechos Fundamentales.⁷⁸

3.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS REVOLUCIONES LIBERALES BURGUESAS

El nacimiento exponencial y contundente de los derechos ciudadanos en nuestro constitucionalismo contemporáneo podemos ubicarlo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, acompañado de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787. Sin duda, estos dos textos jurídicos representan el inicio y desarrollo fundamental de nuestros Estados constitucionales actuales. La filosofía, es decir: los principios fundamentales del derecho natural racional se convierten en los principios de las nuevas constituciones. De esta forma, podemos afirmar que existe una íntima relación entre filosofía y revolución burguesa, Ilustración y revolución política, principios iusnaturalistas y Constituciones políticas.⁷⁹

Los Derechos Fundamentales quedan también legitimados en virtud del hecho de que en la sociedad industrialmente desarrollada se exige un mayor grado de autonomía e independencia individual. La autonomía privada sólo puede mantenerse y asegurarse conforme al derecho, en tanto que es un derivado de una constitución política general. La garantía positiva: la participación en las producciones sociales y la intervención en las organizaciones de la opinión pública política.⁸⁰ Esto consolida otro grupo de Derechos Fundamentales que garantizan una opinión pública políticamente actuante, que se transforma funcionalmente en una garantía positiva de participación política.

Los derechos naturales individuales y el principio de soberanía nacional son dos realidades que surgen del mismo proceso histórico de la Declaración de los derechos de 1789. De esta forma, la cultura de los derechos y libertades de la Revolución Francesa no puede ser historicista. La gran novedad de la

⁷⁸ PECES BARBA, G. Curso de derechos fundamentales, op. cit., p. 105.

⁷⁹ Vid., HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución", incluido en su Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 93.

⁸⁰ Vid., HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución", incluido en su Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 120.

revolución francesa fue la de hacer aparecer de improviso sobre la escena, “una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente, como pueblo o nación”⁸¹.

La Declaración francesa de Derechos de 1789 sufrió una notable influencia del pensamiento político y jurídico de Rousseau, al igual que la Declaración del buen pueblo de Virginia tuvo una influencia tanto de Locke como de Rousseau. En este sentido, cuando Rousseau publica en 1762 el Contrato Social, el escándalo y los temores fueron grandes ante el excesivo poder soberano que atribuía al pueblo. El Procurador General de la ciudad de Ginebra proscribió la grandiosa e influyente obra, prohibiendo su reproducción y difusión. La propuesta de la obra hablaba de fijar asambleas periódicas del pueblo soberano, durante las cuales el gobierno sería suspendido y, en cada ocasión, se decidiría “si debía conservarse la forma de gobierno recibida y los magistrados en cargo.”⁸²

3.2 DIFERENCIAS ENTRE LA REVOLUCIÓN AMERICANA Y FRANCESA

Existe una similitud entre muchos artículos de la Declaración de derechos y libertades del buen pueblo de Virginia y la Bill of Rights inglesa de 1689. Los textos fundamentales de la tradición jurídica inglesa fueron la Carta Magna de 1215, la Petition of Rights de 1628 y la Bill of Rights de 1689. Podemos constatar una fuerte influencia y semejanza con los textos constitucionales como la Declaración del pueblo de Virginia en cuanto a la institución ciudadana del Habeas corpus, los derechos procesales en materia penal, la implantación de la institución del jurado. Mientras en la cultura revolucionaria francesa de los derechos y libertades, historicismo e individualismo son absolutamente incompatibles e irreconciliables,⁸³ la Revolución Americana no advirtió esta necesidad porque, sencillamente, no tenía ningún “antiguo régimen” que derribar, esto dio como origen la necesidad de construir un mundo nuevo y un nuevo sistema político fundado sobre el valor preeminente de los derechos naturales individuales, sobre los Rights.

Es decir, los norteamericanos no tenían que destruir ningún orden estamental, ni afirmar el dominio de la ley general y abstracta sobre viejas fuentes de

⁸¹ FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales...op. cit...p. 61.

⁸² Puede consultarse la edición de María José Villaverde, El Contrato social, Tecnos, Madrid, 1999.

⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995.

derecho. El gran hilo conductor de la cultura político-constitucional americana será siempre la desconfianza frente a los legisladores, en particular frente a su pretensión de encarnar la voluntad general. En resumen, podemos decir que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que quiere ser altamente representativo del pueblo o nación, sin caer en sectarismo o facciones; mientras que la revolución americana desconfía de las virtudes de todo legislador.⁸⁴

La Constitución para los americanos, más allá de la tradición británica, debe corresponder a un texto orgánico escrito querido por el cuerpo constituyente que defienda los derechos y las libertades, pero desde una clara preestatalidad de los derechos (iusnaturalismo), mientras que la concepción constitucional francesa es más positivista. En este sentido, historicismo y iusnaturalismo individualista se acercan y se convierten en la única doctrina de los Rights, de la prioridad de los derechos sobre los poderes públicos, de este modo, se configura el constitucionalismo moderno como doctrina de la prioridad de los derechos, y por consiguiente, de los límites de los poderes públicos con finalidad de garantía.

Por ende, en la Revolución Francesa se da una ambivalencia clara entre voluntarismo jacobino de la democracia directa, que bascula entre la presencia física constante del pueblo y estatismo de la democracia representativa que se obstinaba en cortar toda forma de mandato a los representantes por parte del pueblo. En tal sentido, precisa de una nueva representación política para legitimar a los legisladores representantes, mientras la revolución americana tiende a desconfiar de ellos, de aquí, que nos propone un modelo de relaciones políticas más cercano al jacobino, el lado democrático-radical (doctrina republicana)⁸⁵, por lo menos, al comienzo de la Declaración de Independencia.

El concepto de soberanía como atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores y el concepto de constitución como máxima fuente de derecho son el fundamento de la visión de los derechos individuales. La experiencia estadounidense el concepto de poder constituyente se une desde el principio al de rigidez constitucional, es decir, a

⁸⁴ ARENDT, Hannah, Sobre la Revolución, Pág. 210y 211

⁸⁵ FIORAVANTI, Mauricio, Constitución, de la Antigüedad a nuestros días, Madrid, Trotta, 2001.

la presencia de reglas fijas como máxima forma de tutela de los derechos y libertades contra el arbitrio del legislador. Al igual que los franceses, los americanos, se fundamentan en base de ideales iusnaturalistas, en una sociedad de libres e iguales. Los americanos realizaron así una constitución que es más lugar de competición entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas que proyecto común para el futuro.

4. LOS DERECHOS EN LA ÉPOCA LIBERAL: NACIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

El aprendizaje de la libertad, nos recuerda Tocqueville, es complejo y difícil, pero cuando se llega a él, los beneficios son múltiples y fecundos. El liberalismo europeo de la primera mitad del siglo pasado, también el francés y el alemán, está marcado por una decidida vuelta al modelo historicista, enfrentado precisamente al voluntarismo político jacobino de la Revolución Francesa. Desde esta perspectiva, se critica a la revolución su exceso político, su pecado es precisamente haber querido crear artificialmente una voluntad política constituyente. En este sentido, “el liberalismo vuelve indudablemente a privilegiar la libertad como seguridad de la persona y los bienes, y así pone en primer plano las libertades civiles, las negativas, relegando el aspecto participativo propio de las libertades políticas, las positivas.”⁸⁶

Durante la época liberal, las asambleas representativas, elegidas de modo censitario, van adquiriendo su propio espacio, pero la sociedad burguesa no tiene necesidad de sentirse constituyente, le basta con sentirse sociedad de individuos que progresan de manera tranquila y ordenada. Así, se pone de manifiesto cómo el liberalismo decimonónico repudia la versión jacobina y voluntarista de la revolución. Sin duda, Thomas Hobbes es el filósofo que proporciona (sin quererlo) la visión estatalista que despoja a los derechos naturales de su condición de preexistencia a todo derecho positivo. La Filosofía Política de Hobbes suministra por tanto, el fundamento teórico de la visión estatalista, al afirmar cómo el estado de naturaleza se caracteriza por *bellum omnium contra omnes*, esto legitima la no existencia de ninguna libertad o derecho individual anterior al Estado, antes de las fuerza imperativa y autoritaria de las normas, las únicas capaces de fijar posiciones subjetivas a cada uno. El filósofo inglés suplanta a Locke, aunque éste último sea un filósofo posterior. La formula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en el

⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales...op. cit...p. 99.

Leviatán de Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual.⁸⁷ Aquí, podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. En concreto, Spinoza y Locke son los padres del constitucionalismo democrático del Estado contemporáneo.

Todas las libertades se fundan sólo y exclusivamente sobre las normas del Estado, se tiene que admitir por fuerza que solo los Derechos Fundamentales son tratados conforme a las leyes del Estado. Toda la problemática de las libertades se reduce a la problemática de las soluciones jurisdiccionales que se pueden invocar en el caso de que alguien lesione un derecho individual fundado sobre la ley. Los derechos y libertades tienden a asegurarse más sobre el Estado y su derecho que sobre la constitución. En una palabra, “la tutela de los derechos garantizados por la constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y por la ley, por el derecho positivo del Estado.”⁸⁸ Mientras en los Estados Unidos los derechos están en la Constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado, en la Europa continental, los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social.

Habermas constata que el Estado democrático de derecho está construido sobre una desconfianza frente a la naturaleza corrompible del ser humano. Al Estado le preocupa más la desobediencia al imperio de la ley que, por ejemplo, si está o no fundamentado moralmente su ordenamiento jurídico o se va eliminando la corrupción de sus instituciones.⁸⁹ En este sentido, un Estado de Derecho meramente legalista y formalista se sitúa en una situación paradójica, ambivalente y controvertida. Este Estado de legalidad debe ser superado por un Estado plenamente constitucional cuyo referente último de legitimación política y democrática viene garantizado por los Derechos Fundamentales.

⁸⁷ La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Vid. HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, Fondo Cultura Económica, México, 1987.

⁸⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...* op. cit...p. 110.

⁸⁹ Cfr. HABERMAS, J., “La desobediencia civil: piedra de toque del Estado de Derecho” en *Ensayos políticos*, Ediciones península, Barcelona, 1988, p. 75.

5. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

El Estado social constituye una figura decididamente intervencionista, un Estado activo con un “ejecutivo fuerte”.⁹⁰ Asimismo, es una auténtica conquista histórica, como un paso adelante respecto a los tradicionales Estados liberales y su desviación histórica de éstos en los totalitarismos. El profesor Elías Díaz establece la distinción entre Estado social y Estado de Bienestar (Welfare State). El modelo de Estado de bienestar no produce todavía una sociedad suficientemente democrática, una sociedad suficientemente nivelada.⁹¹

El mayor inconveniente del Welfare State es el aflojamiento de la tensión moral. El modelo de consumidor satisfecho es más materialista –dice el profesor Aranguren– que el modelo marxista del proletariado revolucionario.⁹²

Los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente.

El Estado social de Derecho, como agente central de crecimiento y justicia, sufre por un lado el ataque de la internacionalización de la economía, y por el otro el de la fragmentación de identidades culturales, el primero a nivel global; mientras que el segundo es a nivel local, globalización económica y diversificación o fragmentación cultural son los dos filos de la nueva espada de Damocles que desafía al príncipe del Estado, dejando su trono y reinado semivacío.

6. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

⁹⁰ Salvador GINER y Sebastián SARASA analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del actual Estado de bienestar en “Altruismo cívico y política social” en GINER, S. y SARASA S. (comp.) Buen gobierno y política social, Ariel, Madrid, 1997. Igualmente puede verse la obra de LUCAS VERDÚ, P., Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955.

⁹¹ Enrique TIerno GALVÁN, Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna, Madrid, Tecnos, 1964. p. 319. Ver DÍAZ, ELÍAS, Estado de Derecho y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1998 (3ªed.), p. 110.

⁹² ARANGUREN, José Luis, Ética y Política, Madrid, Ed. Guadarrama, 1963., pp. 293.

EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La Constitución no es una mera norma jurídica del Estado, sino la norma fundamental, y, desde esta posición, desempeña la función primordial y prioritaria de garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado. Desde un punto de vista jerárquico-normativo, es la norma suprema, aquella que no depende de ninguna otra superior. Así pues, se articula con un criterio hermenéutico que inspira a todo el resto del ordenamiento jurídico, o sea, la necesidad de interpretar todo el conjunto legislativo de conformidad con la Constitución.

El Estado constitucional moderno se caracteriza, por una creciente densidad normativa, es decir, como manifiesta el profesor Werner Kagi, una progresiva precisión, delimitación y restricción de las competencias de las autoridades estatales.⁹³ En la actualidad presenciamos un desarrollo inverso: un nuevo avance del “poder político”. Esto redundará, sin lugar a dudas, a un declive claro y contundente de la densidad normativa (disminución de los preceptos fundamentales constitucionales) y, por otro lado, una disminución de la firmeza y precisión de las normas (inclinación a debilitar y cuestionar su sentido jurídico normativo). Al respecto, Peter Häberle subraya.

La Constitución no es un orden jurídico exclusivamente dirigido a juristas a fin de ser interpretado conforme a antiguas y nuevas reglas; esencialmente opera como referencia para quienes no son juristas, para el ciudadano.⁹⁴

Muy a menudo existe el problema de la vaguedad e imprecisión de las disposiciones constitucionales materiales, que incorporan criterios de decisión situados fuera del texto de la Constitución (como valores suprapositivos o creencias compartidas por la población), entonces la capacidad y la legitimidad exclusiva del Tribunal Constitucional para defender la Constitución queda puesta seriamente en duda. Un tribunal no puede pretender, por ejemplo, ser mejor intérprete de la voluntad popular que un órgano electivo, y en cierta medida, debe disponer de censores más eficaces que otros órganos estatales para detectar los valores realmente vigentes en el

⁹³ Véase capítulo “El desmontaje de la Constitución jurídica” en Kagi, Werner, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, Dykinson, Madrid, 2005 p. 136.

⁹⁴ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 267 – 268.

seno de la sociedad. Nadie puede arrogarse una absoluta infalibilidad en la interpretación constitucional, esto podría llevarnos a una cierta posición arrogante y prepotente y, sobre todo, nos hallaríamos ante una concepción demasiado estrecha del control constitucional del ordenamiento jurídico normal.

6.1 EL PROCESO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS: POSITIVACIÓN, GENERALIZACIÓN, INTERNACIONALIZACIÓN Y ESPECIFICACIÓN

Los cuatro grandes procesos de evolución de los Derechos Fundamentales son: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación. Cada uno ha sido resultado de un proceso histórico de luchas y movimientos sociales que han destruido anteriores paradigmas jurídicos, sociales y/o políticos, que explicaremos a continuación.

6.1.1 EL PROCESO DE POSITIVACIÓN

En el primer aspecto, con el proceso de positivación surgieron las ideas relativas al establecimiento de un poder legislativo, partiendo de la filosofía contractualista como la de Hobbes y Locke, quienes estuvieron de acuerdo en la creación de un poder legislativo para el cumplimiento de ciertos derechos básicos que el estado debía proteger. De esta forma, surge la conexión entre constitucionalismo, el gobierno de las leyes y los Derechos Fundamentales.

El proceso de positivación no debe ser confundido con la corriente del positivismo aludida. Aunque, si bien es cierto que tiene rasgos similares, es destacable señalar que este proceso evolutivo consiste en la consagración en los textos normativos de las declaraciones de derechos. Entre los rasgos sobresalientes, destacamos los siguientes:⁹⁵

- Surge la necesidad de dotar a los Derechos Fundamentales de un estatus jurídico, de ahí que el iusnaturalismo racionalista se preocupe de este proceso, tales ideas se encuentran los pensamientos de Puffendorf o Locke, entre otros más (seguridad jurídica);

⁹⁵ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, op. cit., pp. 156-158. Vid. PÉREZ LUÑO, Los derechos fundamentales, op. cit., pp. 66 y ss.

- Se apoya en la idea de que el derecho es expresión del soberano y la otra, en la fundamentación pactista de poder, que sitúa la soberanía como expresión del consenso del pueblo;
- A partir del siglo XIX, esa positivación se considera esencial para la existencia de los derechos con eficacia social, es decir, los textos constitucionales son expresión de un poder político democrático, que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios;}
- Crece el protagonismo del derecho judicial en la positivación de los Derechos Fundamentales;
- Sin el proceso de positivación, los derechos no se completan, son sólo ideales morales, valores, que no lo son plenamente hasta que no enraízan en la realidad.

6.1.2 EL PROCESO DE GENERALIZACIÓN

Uno de los principales antecedentes del principio de universalidad o generalización de los derechos humanos, lo podemos encontrar en la filosofía kantiana y la formulación del principio universal del derecho realizado en su *Metafísica de las Costumbres*: “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”. Sobre esta característica de universalidad de los derechos humanos apunta el Maestro Pérez Luño: “el gran invento jurídico político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos.”⁹⁶

La generalización o universalidad de los derechos humanos significa que le son debidos al hombre, pero conforme a la situación histórica, temporal y espacial. La universalidad se encuentra íntimamente vinculada con la igualdad

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos” en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y DEL REAL, J. Alberto (coords.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53.

de todos los hombres en cualquier tiempo y lugar.⁹⁷ Este proceso “consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribiría su disfrute a una clase social, la burguesía.”⁹⁸

6.1.3 EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN

Este proceso no significará solamente la pretensión de atribuirlos al hombre en todas partes y en cualquier tiempo, por sobre la historia, el lugar, la circunstancia, sino la acción práctica de declararlos y protegerlos en la esfera del derecho internacional mediante pactos, tratados o convenciones⁹⁹.

A nivel internacional, podemos observar las distintas Convenciones y Acuerdos en materia de derechos humanos, tales como el Tratado de Londres de 1841 y el Acta General de Bruselas de 1890, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

6.1.4 EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN

El último proceso es el de especificación de los derechos. Las clasificaciones que se han elaborado al respecto son las siguientes: las que tienen relación con sus titulares: hombres o ciudadanos y con los contenidos, entre ellos, podemos mencionar las distintas generaciones de derechos entre los que se encuentran: los derechos económicos, sociales, culturales y el derecho a un medio ambiente saludable. Hoy en día, las corrientes contemporáneas de fundamentación de los derechos humanos, coinciden en la especificación cada vez mayor de los derechos, ya sea constitucional o jurisprudencialmente.

⁹⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, IJ, México, 1989, pp. 45-46.

⁹⁸ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 160.

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, IJ, México, 1989, p. 49.

Ahora bien, ¿por qué se debe hablar de derechos específicos? ¿qué a caso tal distinción no violaría eso el principio de igualdad? Precisamente, dicho proceso significa todo lo contrario, ya que el objetivo principal de crear derechos específicos, ya sea a través de su reconocimiento expreso en los textos fundamentales o a través de la jurisprudencia, responde a las desigualdades existentes en una sociedad determinada. En un inicio la clasificación de los derechos versaba únicamente en ciudadanos y no ciudadanos, incluso, la misma Declaración Francesa hace alusión en su título sobre este respecto. Con el paso del tiempo y el establecimiento de las primeras Declaraciones de Derechos, dicha distinción fue paulatinamente más marcada hasta llegar al punto de considerar distintas categorías de ciudadanía. En la actualidad vemos como esta clase de problemas se siguen presentando en aquéllas sociedades multiculturales que tratan de excluir de los Derechos Fundamentales a los migrantes¹⁰⁰.

Ejemplo de lo anterior, lo constituyen las situaciones de desventaja o vulnerabilidad que históricamente han tenido determinados grupos o sectores específicos de una sociedad. Cuando la Constitución establece: “La mujer y el varón son iguales ante la ley”, significa algo más que un simple apartado retórico inútil adicional al principio de igualdad contenido en el artículo primero. De igual forma sucede con el reconocimiento de los derechos de los indígenas en el artículo dos de nuestra ley fundamental o como pudiere ser el derecho al libre desarrollo a la personalidad e intimidad, a través del reconocimiento de los derechos de los transexuales por la propia Suprema Corte hace algunos años.

III. EL DESARROLLO DE UN MODELO PROPIO DE DERECHOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

Normalmente, se tiene la idea de 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.

¹⁰⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael, “Distintos modelos de ciudadanía democrática y cosmopolita” en Teoría Política y Jurídica Contemporánea op. cit. pp. 189-209.

Pero la idea de derechos humanos, ¿de dónde surge? Si bien es cierto que algunos caracteres, e incluso redacción de algunos artículos de las primeras Constituciones mexicanas, son tomados a su vez de los textos americanos y franceses, la idea o modelo de derechos también adquirió en sus inicios rasgos del modelo de las Cortes de Cádiz, cuya influencia a su vez, la obtuvo del iusnaturalismo teológico o tomista. Por este motivo, hemos decidido incluir un apartado de la influencia que tuvo la Constitución de Cádiz en la construcción de los derechos en nuestro país. 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 en nuestro país, la Constitución de Cádiz de 1812, el de 1824, 1847, 1857 y 1917, respectivamente.

1. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Tiempo después del inicio de la independencia mexicana, surgieron distintos documentos relacionados con ideas de igualdad y libertad. Sin embargo, dichos textos no tuvieron incidencia directa en los constituyentes de 1824, por lo que solamente haremos referencia a los mismos de manera breve, ya que constituyen declaraciones que en cierta medida, favorecieron el ánimo político e intelectual de la época. De igual forma, revisaremos el panorama intelectual de aquel tiempo, así como la influencia de las principales doctrinas que animaron el movimiento independentista en nuestro país.

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.¹⁰¹

¹⁰¹ 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.

De igual forma, 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.”¹⁰² El profesor Pérez Luño sintetiza las principales concepciones o características:

1. La idea de la naturaleza como creación divina y del derecho natural como expresión revelada de la voluntad del Creador en el ámbito de las relaciones sociales;
2. La naturaleza del cosmos, es decir, como las leyes que rigen el mundo físico del que forman parte los hombres, que se hallan sujetos a su legalidad a través de sus instintos y necesidades naturales;
3. La naturaleza como razón, como cualidad específica del ser humano que le permite establecer “autónomamente” sus normas básicas de convivencia.¹⁰³

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.¹⁰⁴ En una de sus partes, el Bando destaca:¹⁰⁵

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

¹⁰² TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, T. 2, op. cit., 77.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Al respecto puede consultarse: “La tradición indiana y el origen de las declaraciones de Derechos Humanos” en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, UNAM-ILJ, 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.

¹⁰⁵ 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.

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 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 nuestro país en aquéllas 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 éstos se encuentran diseminados a lo largo de la Constitución. Como eje rector de lo anterior se encuentra el artículo 4, que establecía lo siguiente: "La Nación está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen". En este sentido, para algunos historiadores del derecho, aunque en la Constitución Gaditana no hayan estado establecido de manera expresa los derechos humanos, sino que se encontraran diseminados a lo largo de todo el texto fundamental, significó un gran avance y un enorme aporte para el posterior establecimiento de los mismos en los primeros textos constitucionales de la época, ya que logró consagrarlos como normas coercitivas.¹⁰⁶

De esta manera, la primera declaración de derechos surge en la Constitución de Cádiz, aunque ésta no tuvo vigencia en los territorios de la Nueva España, nos servirá para establecer uno de los precedentes más importantes en el modelo de derechos humanos que sería implantado con posterioridad en nuestro país. Entre otros documentos de gran relevancia, destacan los

¹⁰⁶ RABASA, Emilio O., El pensamiento político constituyente de 1824, IIJ, Universidad Autónoma de México, México, 1986, p. 85.

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.¹⁰⁷

Asimismo, se encuentra como antecedente la Constitución de Apatzingan de 1814, la cual no llegó a regir ni un solo día. Ésta 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.¹⁰⁸

2. LA INFLUENCIA DE LOS MODELOS AMERICANO Y FRANCÉS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1824 Y 1847

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.¹⁰⁹ 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

¹⁰⁷ SERRANO MIGALLÓN, Fernando, La vida constitucional de México (Textos preconstitucionales), V. II, Tomos III y IV, FCE, México, 2009, p. 112.

¹⁰⁸ GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, y PANTOJA MORÁN, David, Tres documentos constitucionales en la América española preindependiente, UNAM-IJ, México, 1975. Ver especialmente la primera parte.

¹⁰⁹ FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano, IJ, UNAM, México, 1996, p.20.

filosófico-político del liberalismo, a su vez, establecía las demás prerrogativas individuales dispersas en el texto constitucional.

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

La Constitución de 1824, dio mayor importancia a la estructura político-jurídica, que a una Declaración de Derechos Humanos, en contraposición a las Constituciones de 1857 y 1917. Desde la perspectiva de algunos investigadores, la Constitución del '57 "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."¹¹⁰

Dos ideas muy importantes provinieron del constitucionalismo norteamericano: la idea de federalismo y 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, 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 éste resulta bastante extenso, además, excedería el principal tema a tratar en este apartado, que es la formación de un modelo de derechos humanos en México. Sin embargo, debemos advertir que la consagración de la República en nuestro país tuvo serias dificultades como consecuencia de la falta de suficiencia económica de las entidades federativas, los cacicazgos locales,

¹¹⁰ 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.

entre muchos otros factores que provocaban el desarrollo infructuoso de esta institución.¹¹¹

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.¹¹² A su vez, dentro del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, en el artículo 4 se cambió la denominación de Derechos naturales a Derechos del Hombre. En ese mismo año, dentro del Segundo Proyecto de Constitución, se estableció en el artículo 13 el reconocimiento de los derechos naturales y el otorgamiento de garantías. De esta manera "nuestro derecho político vino a consignar el olvidado principio de los derechos del hombre que no habían sabido desarrollar nuestros legisladores federalistas de 1824, y lo que es más, ni los centralistas de 1836, [...] Las constituciones anteriores se habían limitado a establecer la obligación de proteger los derechos del hombre, sin llegar a la enseñanza explícita de su preexistencia respecto de toda ley positiva; y solo la 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."¹¹³

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

¹¹¹ RABASA, Emilio O., El pensamiento político y social del constituyente de 1824, UNAM, México, 1986, p. 120.

¹¹² 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.

¹¹³ MONTIEL Y DUARTE, Isidro, Estudio sobre garantías individuales, Porrúa, México, (1ª Ed. 1873), 1979, pp. 22-23.

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.¹¹⁴

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. Éste último inspirado en la idea de encontrar instrumentos judiciales efectivos para los derechos humanos, diferencia que a su vez, había sido considerada por primera vez por el jurista francés Daunou en 1819.¹¹⁵

3. LA INCORPORACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS DEL HOMBRE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857

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, 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. Desde nuestra perspectiva, ninguna Constitución, incluso la vigente de 1917, ha tenido tanta claridad en su redacción, (desde el punto de vista político-jurídico) en lo concerniente al establecimiento de derechos y la

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, Constitución y Derechos Humanos (Orígenes del control jurisdiccional), Porrúa, México, 2009, pp. 167-168.

consagración de las garantías para hacerlos efectivos. Tal situación se desprende a primera vista del artículo 1º de aquél texto fundamental.

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

De lo anterior, queremos señalar que el Constituyente de aquélla época no equiparó el término de “Garantías” con el de “Derechos del Hombre”, sino que la intención clara y manifiesta era que, a través de el reconocimiento de los derechos del hombre por parte del Estado 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. Entre un conjunto de pensadores, destaca la presencia de las ideas de Thomas Jefferson, Tocqueville, Benjamin Constant¹¹⁶. 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.

4. EL CAMBIO CONCEPTUAL A GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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.

¹¹⁶ RABASA, Emilio O., Historia de las Constituciones mexicanas, op. cit., 63-64.

Realizando un examen retrospectivo al respecto, nos queda claro que la Constitución de 1857, aceptó las libertades humanas, ya sea que fueren inherentes a la persona humana o por disposición legal (conflicto entre iusnaturalistas y positivistas). El constituyente de 1917 estableció que era preciso señalar al “garante” de las libertades, o sea, el Estado¹¹⁷. 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.¹¹⁸

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 no solamente en México, sino a nivel mundial, a través del establecimiento y regulación de los derechos laborales, así como la dotación de tierras ejidales a los campesinos, incluso previo a la Carta Constitucional de Weimar de 1919. Asimismo, destaca el espíritu anticlerical y hasta jacobino de algunos parlamentarios de aquél congreso, lo cual se vio reflejado en la redacción final del artículo 130.

4.1 EL CONCEPTO REDUCCIONISTA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

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

Tal y como hemos advertido, dicha Ley Fundamental logró consagrar y armonizar los principios de los liberalismos existentes de aquélla 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

¹¹⁷ Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., pp. 87-88.

¹¹⁸ Véase la participación del diputado Rafael Martínez, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., pp. 23-25.

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.

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

El principal equívoco, tanto de Carranza como de los Constituyentes, al elaborar el texto de la Constitución del '17, consistió en no indagar las verdaderas causas por las cuales los derechos humanos no tenían eficacia en el Estado mexicano. Así como la falta de cuidado al defender al juicio de amparo como un mero instrumento tutelar en contra de los caciques locales. La solución fue un centralismo judicial, en lugar de un federalismo judicial; un conservadurismo judicial, en lugar de un activismo en la interpretación constitucional. En definitiva, un rechazo a la judicatura como defensora de los Derechos Fundamentales, lo cual parece paradójico, si lo que se pretendía era lograr la efectividad de los mismos.

Es claro que el otorgamiento de garantías a todos los ciudadanos, siguiendo la redacción del artículo primero de nuestra Constitución, 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 nuestra 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 de 1917 refería “De las Garantías Individuales”. Para la teoría constitucional del siglo XX, que estuvo presente y sigue estando en la mayor parte de las aulas universitarias, predomina la siguiente concepción de las garantías individuales y los Derechos Fundamentales.

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 éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos [...] gobernados, por un lado y Estado y autoridades por el otro.¹¹⁹

4.2 LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA (2011): UN NUEVO PARADIGMA

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

¹¹⁹ BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, Porrúa, México, 2004, p. 187.

La reforma contiene diversos ámbitos, en los que intervienen los preceptos constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, apartado B, y 105, fracción II, de la CPEUM. Desde el aspecto sustantivo, los cambios más significativos incluyen el tránsito hacia la denominación Derechos Humanos en lugar de Garantías Individuales, el otorgamiento de rango constitucional a los Tratados Internacionales (exclusivamente en materia de Derechos Humanos), ampliación de casos de no discriminación (preferencia sexual), la directriz educativa hacia los derechos humanos, el derecho de asilo y refugio, el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y el agregado del principio de política exterior sobre los derechos humanos. Los principales cambios, de acuerdo a las modificaciones principales, son los siguientes.

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS¹²⁰

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
Art. 1o.- 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.	Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
	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.
	Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los

¹²⁰ Fuente: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
	principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Art. 3o La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.	Art. 3o La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.
Art. 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa (sic), por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.	Art. 11.- Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.
	En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
	humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.
Art. 15.- No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.	Art. 15.- No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
Art. 18, Pár. 2. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.	Art. 18, Pár. 2. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.
Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.	Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
	convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
	En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
	La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
	Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.
	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.
Art. 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio	Art. 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.	
	El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

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. Esta situación la analizaremos posteriormente en el capítulo siguiente, cuando hagamos referencia a la interpretación constitucional de los derechos humanos.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO I

No, la pintura no está hecha para decorar las habitaciones.

Es un instrumento de guerra ofensivo y
defensivo contra el enemigo.

Pablo Picasso



Museo de Arte Reina Sofía. Reproducido únicamente con fines académicos.

Guernica es un cuadro pintado por el pintor malagueño, Pablo Picasso, durante los meses de mayo y junio de 1937, cuyo título alude al bombardeo de Guernica, ocurrido el 26 de abril de aquel año durante la Guerra Civil Española. Es considerada una de las obras más importantes del siglo XX, como un símbolo de los sufrimientos causados por la guerra.

1. Reflexiona sobre el cuadro Guernica, y escribe tu opinión sobre el contenido del mismo ¿Crees que el arte pueda servir para concientizar sobre los acontecimientos políticos y sociales?
2. ¿Cuáles fueron los acontecimientos mundiales que influyeron en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948?
3. ¿Cuáles son los tres principales modelos de Derechos Fundamentales en la historia del constitucionalismo?
4. Detalla los procesos evolutivos de los derechos humanos.
5. Lee a continuación un fragmento del autor norteamericano Richard Rorty y contesta a continuación.

DERECHOS HUMANOS RACIONALIDAD Y SENTIMENTALISMO

Richard Rorty

Praxis Filosófica Ética y Política, número 5 de octubre de 1995, Departamento de Filosofía, Universidad del Valle, Cali.

En su "Carta desde Bosnia", un informe publicado en la revista New Yorker a finales del año pasado, David Rieff escribió: "Para los serbios, los musulmanes ya no son seres humanos... estando unos prisioneros musulmanes acostados en filas en el suelo en espera de sus interrogatorios, un guardián serbio condujo su furgoneta sobre sus cuerpos". Rieff vuelve luego a este tema de la deshumanización:

A un musulmán de Bosansi Petrovac... lo obligaron a cercenar a detalladas el pene de un compañero musulmán... Si uno afirma que cierto hombre no es un ser humano sino que sólo se parece a uno, y que la única manera de reconocer que es un diablo consiste en obligarlo a bajar sus pantalones -los musulmanes son circuncisos y los serbios no- probablemente no hay más que un corto trecho, psicológicamente, hasta cortarle la verga... Nunca ha habido una campaña de limpieza étnica de la que el sadismo sexual haya estado ausente.

La moraleja que podemos deducir de las historias de Rieff es que los asesinos y violadores serbios no piensan que violan los derechos humanos. Pues no cometen estas acciones contra otros seres humanos sino contra musulmanes. No son inhumanos, sino que discriminan entre los verdaderos humanos y los pseudo-humanos. Hacen el mismo tipo de distinción que hacían los cruzados cuando distinguían entre los humanos y los perros infieles, y que hacen los musulmanes negros entre los humanos y los diablos de ojos azules.

6. ¿Qué tipo de fundamentación ofrece Richard Rorty sobre los Derechos Fundamentales?
7. ¿Qué ventajas o desventajas ofrece la posición de Rorty en relación con las demás teorías?

CAPÍTULO II LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

No cabe duda que hoy en día, la interpretación de los Derechos Fundamentales es una labor imprescindible del quehacer judicial. Y como antes hemos visto, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, será obligatorio para todas las autoridades (administrativas y judiciales) que interpreten normas relacionadas con los derechos, se encuentran obligadas a sujetar su aplicación, conforme a los cánones de la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos. El principio de eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, lo consagra de manera expresa la Constitución Española y la Ley Fundamental de Bonn, en los numerales 53.1 y 9.1, respectivamente. Y éste significa, que los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, además de ser origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.¹²¹

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.

La formulación clásica de los Derechos Fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de Derechos Fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la

¹²¹ 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.

validez de los Derechos Fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico... gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los Derechos Fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los Derechos Fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los Derechos Fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.¹²²

Nos encontramos ante un nuevo paradigma de derechos humanos, en un contexto de concepción material de Constitución, la cual tiene eficacia y aplicación inmediata dentro del ordenamiento jurídico. El antiguo y caduco paradigma legalista, que pretendía soslayar el aspecto constitucional de las cuestiones legales (aplicación estricta de la ley) debe ser superado, en aras de permitir una protección más efectiva de los Derechos Fundamentales, y éstos

¹²² DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Registro No. 159 936; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 798. 1a./J. 15/2012 (9a.). Las cursivas son nuestras.

no queden en papel mojado, sino que existan los instrumentos para volverlos efectivos, mediante una adecuada y pertinente técnica de la interpretación y argumentación judicial.

En este capítulo explicaremos los aspectos relacionados con la manera en que se interpretan y argumentan casos relacionados con los Derechos Fundamentales. Para ello, es preciso, en primer lugar, explicar sus elementos y características. Acto seguido, se realizará un análisis en torno a la teoría de principios y su incidencia de ésta en los derechos, la cual permite una aplicación más flexible y menos rigurosa o legalista, en aras de llevar a cabo técnicas de optimización entre los mismos (ponderaciones), en lugar de los tradicionales procesos mecánicos (silogismos), necesarios en la argumentación judicial (pero no en todos los casos), especialmente en aquellos casos difíciles o complejos, donde se encuentran involucrados principios éticos o colisión con derechos de terceros u otros principios, entre los que pueden encontrarse: el aborto, el suicidio asistido, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el honor, la intimidad.

En este sentido, se analizará la interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales. Iniciaremos con el empleo de los métodos tradicionales de la interpretación judicial descritos alguna vez por Savigny, así como su incidencia en la interpretación constitucional, es decir, el método gramatical, histórico y sistemático, y los cuales han sido recogidos por la teoría constitucional desde los años setenta del siglo pasado. En los siguientes epígrafes, analizaremos los principios interpretativos de los derechos acorde al derecho internacional de los derechos humanos, que ha sido incorporado por el legislador mexicano en la última reforma constitucional (2011), tales como la interpretación conforme y el principio *pro homine* (pro persona), y otros derivados de aquél como el *pro actione* y *laborae*.

En el tercer apartado de este capítulo, explicamos la manera en que el operador jurídico dota de significado a los Derechos Fundamentales, a partir del empleo de la teoría interna y externa. Posteriormente, llevaremos a cabo esta labor de precisión mediante la hermenéutica constitucional, a través de procesos de concreción, como el empleo del principio de proporcionalidad, ampliamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales de otras latitudes y organismos internacionales en materia de derechos humanos (Corte Interamericana y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), así como

cada uno de los elementos que concurren para la aplicación del mismo. En el último apartado explicaremos el funcionamiento del control de convencionalidad, en el marco de un modelo de jurisdicción constitucional propio, desarrollado en las últimas décadas por el Tribunal Constitucional mexicano.

I. NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

Una norma de derecho fundamental puede ser definida de acuerdo a tres criterios fundamentales: formal, material o procedimental. El primero, es la pertenencia a un determinado catálogo de derechos, por ejemplo, cuando la Constitución mexicana hace referencia a su apartado primero: De los Derechos Humanos y sus Garantías, así como el reconocimiento al catálogo de derechos contenidos en los Tratados Internacionales en los que el Estado haya sido parte. Asimismo, existe el concepto material, se relaciona con el hecho de que los Derechos Fundamentales son un intento por transformar los derechos humanos en derechos positivos, recordemos la distinción realizada en nuestro primer capítulo entre derechos humanos y Derechos Fundamentales (su positivación en los ordenamientos jurídicos).

Finalmente, se encuentra el concepto procedimental, el cual hace referencia a quien puede decidir o no sobre el contenido de los Derechos Fundamentales, es decir, el Constituyente o el legislador ordinario. Este criterio guarda conexión con los dos anteriores, así como con aquellos contenidos que por su trascendencia o importancia deben ser reservados a la decisión exclusiva del Poder Constituyente, situación que se vincula con el aspecto material.¹²³ En México, esta clasificación es muy peculiar, ya que algunos tratadistas, siguiendo una postura tradicionalista, han manifestado que el Congreso de la Unión actúa como una especie de Poder Constituyente permanente, en contraposición a la idea de que sólo puede existir uno solo. No es tan descabellada la postura tradicional de los escritores mexicanos, ya que la realidad habla por sí misma, al día de hoy, se han hecho más de 450 reformas a la Constitución de 1917, inclusive a aspectos fundamentales de la misma, como el apartado de Derechos Fundamentales o en aspectos orgánicos de suma relevancia como las facultades de los Poderes Legislativo o Ejecutivo.

¹²³ BOROWSKI, Martin, La estructura de los Derechos Fundamentales, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 34-37.

Digamos entonces, que este criterio procedimental se flexibiliza en el caso del constitucionalismo mexicano, ya que, a diferencia de otras naciones como España, Alemania, incluso de países de Sudamérica, como Colombia o Perú, una reforma implica un proceso más complejo y difícil de llevar a cabo. Esta problemática tiene mucha relación con la manera en que está confeccionada nuestra Constitución, a base de reglas, con un catálogo abultado de procedimientos y técnicas de desarrollo, prolijo de reglamentación a los derechos o a los deberes orgánicos de los Poderes. En sencillas palabras: todo se quiere plasmar en la Constitución, de lo contrario, los pactos políticos no tienen efectividad.

De acuerdo a lo anterior, preferimos la visión procedimental del concepto de Derechos Fundamentales, dado que es el que mejor se acomoda a la realidad política y social actual, pues, aparte de unificar los dos criterios anteriores, brinda una mejor perspectiva para aquellos aspectos ligados con la concreción y la dotación de significado a los derechos, desde una visión principialista y moderna, acorde a las posibles colisiones o choques entre los mismos, en aquellos casos difíciles de resolver en la jurisdicción, cuando se trata de choques entre la libertad de expresión y el derecho al honor o la intimidad, por citar uno de tantos ejemplos.

Las normas de Derechos Fundamentales son enunciados normativos que se encuentran a lo largo de la Constitución, principalmente en el apartado de Derechos Humanos, así como aquellas relacionadas con los derechos políticos (art. 35) y derechos laborales (123), entre otras. En principio, este tipo de normas son las que se encuentran redactadas en términos muy amplios, incluso su vaguedad y necesidad de concreción, requiere de técnicas y habilidades de la hermenéutica y argumentación constitucional, con el fin de disminuir ese grado de imprecisión tanto conceptual como valorativa. Siguiendo la conceptualización realizada por el jurista alemán Robert Alexy (visión estructural), se define a la norma de derecho fundamental como: “un conjunto de proposiciones que prescriben el deber ser establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución”.¹²⁴ El profesor Bernal Pulido ha llevado a cabo una clasificación entre las normas directamente estatuidas, como aquéllas que apelan al significado literal de las normas en sentido prescriptivo; mientras que las normas adscritas de Derechos

¹²⁴ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos fundamentales, op. cit., p. 53

Fundamentales, son aquellas que se fundamentan en las normas directamente estatuidas y guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional.¹²⁵

En síntesis, los Derechos Fundamentales se encuentran manifestados a través de enunciados normativos, mismos que gozan de cualidades como la imprecisión y vaguedad. Ahora bien, el mismo Poder Judicial de la Federación¹²⁶ y el Poder Legislativo, en la exposición de motivos de la reforma¹²⁷ ha reconocido y definido cualidades o características de los Derechos Fundamentales: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, recogiendo lo que de manera expresa quedó enunciado en el párrafo tercero, del artículo 1 de la CPEUM.¹²⁸

Universalidad: los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual. La falta de respeto de los derechos humanos de un individuo tiene el mismo peso que la de cualquier otro, ni peor según el género, la raza, el origen étnico, la nacionalidad o cualquier otra distinción. Éste se convierte en el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas y con él se obliga a toda autoridad a que en el reconocimiento, la aplicación o restricción del derecho, se evite cualquier discriminación. El PJF ha señalado que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. Asimismo, ha apuntado en torno a la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente. (SCIDH: Caso de la "Masacre de Mapiripán vs Colombia), los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya

¹²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

¹²⁶ Tesis. I.4o.A.9 K (10a.). Semanario judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época; Libro XIX; Tomo 1; abril de 2013; Pleno y Primera Sala; México, 2013.

¹²⁷ 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, Segundo Periodo Ordinario, No. 113, Miércoles, 07 de Abril de 2010, p. 16 y ss.

¹²⁸ La sistematización y conceptualización de los principios ha sido realizada a partir de los dos criterios (judicial y legislativos), expresados en los dos pies de página inmediatos anteriores.

interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario.

El principio de interdependencia significa que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; de esta manera, si se quiere reconocer un derecho se deben de garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano. A través de este derecho se está marcando una orientación clara para las autoridades, que al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en la labor de promoción de los mismos, a mantener siempre una visión integral.

Por otra parte, el principio de indivisibilidad se refiere a que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. En tal sentido, se afirma que no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un grupo de derechos; sino que, se consigue que la protección se haga de manera total y se evite el riesgo de que en la interpretación se transija en su protección. Estos dos últimos principios, afirma el PJF, se encuentran conectados íntimamente y no deben concebirse como elementos aislados. Es decir, todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente.

Por último, se encuentra el principio de progresividad, el cual establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea. El PJF ha manifestado que éste constituye un compromiso ineludible del Estado para adoptar providencias, tanto a nivel interno mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

1. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO

Siguiendo con las ideas del profesor alemán Alexy, la estructura de los Derechos Fundamentales se da a partir de una relación triádica entre los siguientes elementos: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto (conducta de acción u omisión).¹²⁹ 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.

¹²⁹ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos fundamentales, CEPC, 2008, Madrid, p. 86.

Escala triádica de Derechos Fundamentales



De acuerdo a lo anterior, creemos que es necesario replantear la clásica formulación realizada por el distinguido constitucionalista Ignacio Burgoa, el cual define a las Garantías Individuales como la relación jurídica de supra a subordinación donde el sujeto activo de la relación jurídica el subordinado, el gobernado tiene derecho la facultad de exigirle al sujeto pasivo que es el gobernante que realice determinada conducta o se abstenga de realizarla, en tal sentido, los elementos de esta definición son los siguientes.¹³⁰

Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (Sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (Sujeto pasivo).

El derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado.

La obligación correlativa del Estado y sus autoridades, consistentes en respetar el derecho y cumplir las condiciones de seguridad (acción u omisión).

Previsión y regulación de la citada relación por la ley Fundamental (fuente).

En principio, creemos que esta definición es imprecisa, en primer lugar, porque no coincidimos con el término de garantías individuales, así como el concepto de derecho público subjetivo como la obligación correlativa entre un derecho y el deber jurídico, es decir, de un efecto reflejo, que tampoco es suficiente para resolver cada uno de los problemas que se presentan hoy en día. Esto se desprende igualmente del último criterio del citado autor, al señalar como uno de los elementos: la previsión y regulación de la citada relación (Supra a Subordinación) por la Ley Fundamental (fuente), es decir, la

¹³⁰ BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, Porrúa, México, 37ª ed., 2004, p. 187.

exigencia al titular del derecho de demostrar, que, efectivamente existe una relación jurídica entre el sujeto activo y el pasivo. Pongamos un ejemplo para entender lo anterior. Conforme a la doctrina clásica, el derecho subjetivo tiene titulares que ejercen el derecho a partir de un interés jurídico. No obstante, se ha llegado al absurdo de equiparar el derecho subjetivo con el de interés jurídico, tal y como lo realizaba el Profesor Ignacio Burgoa, al momento de analizar la cuestión de la protección a los Derechos Fundamentales a través del acceso al juicio de amparo (medio de protección).

Bien es cierto, que la acción debe ser considerada como un verdadero derecho subjetivo, individualizado y determinado, el cual deriva de una obligación negativa y positiva para el Estado. Esta acepción se encuentra formulada de acuerdo a una serie de interpretaciones desde la clásica concepción del derecho reflejo de Kelsen¹³¹, así como de una errónea definición de los derechos desde la tradición civilista como intereses jurídicamente protegidos, siguiendo la teoría del derecho subjetivo de Ihering.¹³² Conforme con esto, el jurista mexicano afirmaba lo siguiente.

Si un acto de autoridad no lesiona ninguna situación concreta que se haya formado o establecido conforme a una situación determinada, abstractamente prevista o tutelada por la ley, contra él no procederá el amparo por no afectar ningún interés jurídico de persona alguna, aunque tal acto pueda perjudicarla material o económicamente.¹³³

Este criterio resulta absurdo, porque es únicamente aplicable a ciertos casos, pero no a todos ellos. Por ejemplo, la tutela de derechos colectivos, como los consumidores, los ambientalistas o los indígenas, entre otros, quienes se encontraron por largas décadas en indefensión ante este tipo de interpretaciones reduccionistas y formalistas de las causales de improcedencia, tildando sus intereses como difusos o imposibles de realización. Situación reconocida inclusive por la jurisprudencia de la propia

¹³¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 139.

¹³² 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.

¹³³ Burgoa, I., *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 2006, p. 461.

SCJN, llegando a equiparar el concepto de derecho subjetivo con el de interés jurídico.

INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.¹³⁴

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un "poder de exigencia imperativa"; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento

¹³⁴ Registro: 233516, Pleno, [TA] Semanario Judicial de la Federación, 7a. Época, Pleno, S.J.F., Volumen 37, Primera Parte, Materia(s): Común, p. 25. En igual sentido: INTERÉS JURÍDICO PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Registro: 233285, Séptima Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 52, Primera Parte, Común, p. 46.

de que se trate. Por tanto, si cualquier autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan "el poder de exigencia" correspondiente.

Esta concepción ha permitido por mucho tiempo, el menoscabo de los derechos patrimoniales, aún cuando existiese la posibilidad de demostrar la afectación a los mismos.

El perjuicio económico que redundando exclusivamente en menoscabo del interés económico, no perjudica jurídicamente, a diferencia del perjuicio jurídico que entraña lesión a un derecho consagrado por la ley. Debe tenerse siempre en cuenta la diferencia que existe entre el perjuicio económico y el perjuicio jurídico que el acto reclamado puede ocasionar a la parte quejosa, en vista de que si sólo se afecta el interés económico, el juicio de amparo es improcedente en los términos de la fracción VI del artículo 73 de la ley de la materia.¹³⁵

Este criterio reduccionista y formalista ha transitado en los últimos años hacia una concepción más flexible, a través de una modificación legislativa a la Ley de Amparo (Reglamentaria del Juicio de Amparo). Básicamente, lo que se modifica es el 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,¹³⁶ como la afectación a los derechos de los consumidores, o al medio ambiente, por ejemplo. 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, el poder reformador manifestó lo siguiente.

¹³⁵ PERJUICIO ECONÓMICO Y PERJUICIO JURÍDICO. EFECTOS EN AMPARO. Registro: 238343, Séptima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 83, Tercera Parte, p. 37.

¹³⁶ 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.

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; ... de superar el modelo que sirvió a sistemas autoritarios para avanzar hacia un nuevo paradigma que coadyuve al fortalecimiento de un estado democrático.¹³⁷

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. Este criterio resulta acorde a los nuevos criterios reconocidos incluso por el derecho internacional de los derechos humanos, cuando se otorga a los justiciables recursos judiciales para volver efectivos sus derechos. Estos instrumentos deben cumplir con ciertas cualidades: sencillez, efectividad e idoneidad. Se entiende por efectividad, el hecho de que exista en el Estado no solamente un recurso judicial, sino que éste debe ser efectivo para la protección de los derechos sustantivos,¹³⁸ como establece el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asimismo, porque elementos como relaciones de supra a subordinación, no responden a todos los posibles problemas que se plantean en el ámbito del derecho constitucional. En tal sentido, no siempre sirven para resolver aquellas situaciones de relaciones entre particulares, surgidas del impacto de la economía de mercado, así como los procesos de desregulación financiera y el paulatino desplazamiento del Estado hacia entes privados. Lo anterior es algo connatural si seguimos el criterio de la época. En tiempos del Constituyente (1917) era imposible pensar en este tipo de relaciones entre particulares, así

¹³⁷ 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 artículos 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 1 y 11 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, No. 283, Tomo II, 6 de Octubre de 2011, p. 17.

¹³⁸ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), Pár. 136.

como de su eficacia. En tal sentido, es urgente la necesidad de actualizar estas relaciones y replantearlo a partir de las nuevas realidades que surjan. Los procesos de desregulación y desplazamiento del Estado moderno hacia los entes privados han provocado que éstos adquieran la categoría de autoridad, para efectos de protección de los derechos humanos.

El último elemento de los Derechos Fundamentales que hemos enunciado en el presente epígrafe es el objeto. Éste consiste en una acción u omisión que debe llevar a cabo la autoridad pública para hacerlo efectivo. En principio, la omisión por parte del Estado es la vía idónea para volver efectivos los derechos de libertad: tránsito, expresión, imprenta, prohibición de esclavitud, enseñanza, procreación, trabajo, honor, intimidad, religiosa, entre otras. No obstante, existen omisiones por parte de la autoridad pública, que pueden resultar también violatorias a los derechos humanos, aun cuando se trate de los derechos de libertad. Por ejemplo, si el Estado dejara de expedir pasaportes a los ciudadanos mexicanos (omisión), esto impactaría significativamente en la salida de connacionales (libertad de tránsito) del país, ya que es un documento sine qua non, es posible hacerlo, ya que la autoridad pública, con su omisión, se encontraría violando la libertad de tránsito. En este sentido, el medio protector de los derechos humanos (juicio de amparo) protege no solamente acciones, sino también las omisiones de la autoridad pública. Este concepto ha evolucionado, a tal grado de quedar reconocido en la actualidad, en el medio protector de derechos humanos por antonomasia (juicio de amparo), cuyo artículo 1º, último párrafo de la ley respectiva sostiene lo siguiente: El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley. 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.

2. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Otra de las cuestiones esenciales para entender los elementos y características de los Derechos Fundamentales es el principio de reserva de ley. Éste es uno de los pilares indiscutibles del moderno Estado Constitucional, además de obedecer al principio de división de poderes como garantía del ejercicio democrático y no arbitrario del poder público.¹³⁹ De acuerdo a esto, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley.¹⁴⁰ El Tribunal Constitucional Español (STC 83/1984), se ha referido al mismo como:

«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»

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. El PJP ha reconocido el principio de reserva de ley con estrecha vinculación el de legalidad. Asimismo, ha clasificado aquél 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

¹³⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., Curso Derecho Administrativo I, Tomas, Civitas Ediciones, (15ª ed.), Madrid, 2011, p. 245.

¹⁴⁰ MAURER, Hartmut, Derecho administrativo Alemán, IIJ-UNAM, México, 2012, p. 114.

secundaria se desarrolla la misma.¹⁴¹ 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.

3. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La principal cuestión en este apartado se centra en descifrar, precisar y delimitar los sujetos de las relaciones jurídicas en que actúan los Derechos Fundamentales. Nuestra constitución establece en el párrafo uno, del artículo 1º:

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

La Constitución de 1917 contenía el término individuo, en lugar del de persona. Esta acepción se inspira en el derecho internacional de los derechos humanos. Cabe advertir que por persona puede entenderse igualmente los colectivos de personas que actúan bajo una misma representación. Esta última posición ha sido una de las principales reformas a la ley de amparo recientemente realizadas, mediante la introducción del concepto de interés legítimo, superando la anticuada concepción de "interés jurídico", como la afectación a los derechos de colectivos, en aquellos casos de intereses de conglomerados sociales, cuyo interés sea demostrable en un proceso jurisdiccional, los consumidores, o al medio ambiente, por ejemplo. Esto 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.

Asimismo, se tiene el reconocimiento de la titularidad de ciertos Derechos Fundamentales hacia las personas morales, siempre y cuando sean acordes

¹⁴¹ 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; Pág. 78.

con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social. Al respecto, el Poder Judicial de la Federación (PJF) ha establecido lo siguiente.

Las personas morales o jurídicas son sujetos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que deben gozar de los Derechos Fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, siempre y cuando sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la finalidad referida.¹⁴²

La titularidad y el ejercicio de los derechos son pieza clave para entender su defensa y medios de protección. Por una parte, la titularidad no implica el ejercicio, o viceversa. Esta cualidad es el reconocimiento que realiza determinado ordenamiento jurídico a una persona, como destinatario de un derecho o una acción jurídica específica. La misma, requiere de previa existencia de la capacidad de obrar del titular. Esta última cualidad se refiere precisamente al ejercicio del derecho fundamental. Es decir, la capacidad para hacer efectivo el derecho a través del ejercicio de acciones concretas. Al respecto, Ferrajoli brinda una definición puntual sobre Derechos Fundamentales para comprender ambos conceptos.

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁴³

¹⁴² PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN. Registro No. 2 001 403. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; Pág. 1876. XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.).

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 19.

Para el autor italiano, la distinción que realizan algunos Estados entre personas y ciudadanos constituye un motivo de discriminación. No obstante, la mayor parte de las Constituciones de los Estados lleva a cabo la separación entre los derechos que les corresponden a nacionales y extranjeros. Uno de ellos, es precisamente la categoría de ciudadanía y extranjería. La construcción de la ciudadanía en torno a los contenidos, ha recorrido tres etapas históricas: los derechos civiles del siglo XVIII, derechos políticos del siglo XIX y, un último estadio, los derechos sociales en el siglo XX.

Sin lugar a dudas, el movimiento ilustrado del siglo XVIII significó la conquista de la ciudadanía civil (derechos civiles): los derechos que promueven el imperio del derecho como el derecho a un juicio justo, acceso igualitario a la justicia derecho de propiedad privada, las garantías de indemnización en caso de expropiación, el habeas corpus. El siglo XIX fue la construcción de la ciudadanía política: los derechos de participación política, derechos de sufragio, de expresión, de asociación, el derecho al ejercicio del poder político "elegir y ser elegido". En el siglo XX se accede a la formación de la ciudadanía social (derechos sociales). Estos aluden a la garantía para los ciudadanos de la titularidad de los estándares históricos, económicos y sociales de una sociedad determinada. Lo cual se refleja en las concepciones de la época, como la que expresa el filósofo Thomas Marshall, quien sostuvo la clásica distinción entre derechos civiles, políticos y sociales.¹⁴⁴

No obstante, el profesor de la Universidad de Roma ha denunciado esta concepción, aportando distintos planos de análisis para el estudio de los fenómenos jurídicos, tales como la ciencia política, la sociología y el filosófico. La categoría de ciudadanía es una de ellas.¹⁴⁵ En oposición a la noción de Marshall, el iusfilósofo italiano, propone una concepción de derechos supranacional desde un plano socio-jurídico e historiográfico. En este contexto, expone que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano. Por este motivo, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los Derechos Fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del status civitatis al status personae, ya que para él "la ciudadanía representa el último privilegio

¹⁴⁴ Cfr. MARSHALL, Th. H., *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998.

¹⁴⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona", en *Derechos y Garantías*, op. cit., p.98.

del status, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los Derechos Fundamentales.”¹⁴⁶

En la crisis de los Estados y las comunidades nacionales que caracteriza el nuevo milenio, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia enorme entre Norte y Sur. Es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión e igualdad. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. De esta manera, expone “tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional- y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran apartheid que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo.”¹⁴⁷

La Constitución mexicana lleva a cabo este tipo de distinciones. En el apartado relativo a la ciudadanía, otorga derechos políticos únicamente a quienes tengan tal cualidad. Entre los derechos que otorga el artículo 35 de la CPEUM a los ciudadanos mexicanos, se encuentran: votar, ser votado, iniciativa de ley, consulta popular, derecho de petición en materia política. Asimismo, se faculta al Poder Ejecutivo Federal, previa audiencia, para expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. En principio, la CPEUM establece para todas las personas por igual (incluidos los migrantes) los derechos que otorga al resto de los nacionales, sin embargo, excluye de los mismos, en lo concerniente a la materia política

4. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¹⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías*, op. cit., p.117.

¹⁴⁷ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, cit., p. 97.

La relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional fue vislumbrada desde los años cincuenta por la jurisprudencia y la doctrina alemana de Derecho Constitucional¹⁴⁸, esto se ha definido como *Drittwirkung der Grundrechte* (Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o frente a particulares), teniendo como inspiración principal, la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, entendida 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.¹⁴⁹ Se diferencia de las relaciones verticales (supra a subordinación), porque aquí las partes se encuentran en una relación de igualdad (horizontalidad).

El antiguo concepto de autoridad, para efectos de tutela y protección de los derechos humanos ha evolucionado, no solo jurisprudencialmente, sino también, como resultado de la nueva legislación en materia de amparo (protección de derechos humanos). La denominada relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado -sus autoridades- (sujeto pasivo) no es aplicable a todos los casos, dadas las condiciones actuales en la economía y los distintos procesos de desregulación del Estado, donde determinadas actividades como los servicios públicos pasan a manos de entes privados, así como aquellas preponderantes o indispensables para el desarrollo económico del país, como la banca, entre otras. Tal y como era entendido por el propio Poder Judicial de la Federación, este tipo de relaciones se definía como.

Las relaciones de supra a subordinación son las que surgen entre los órganos de autoridad, por una parte, y el gobernado, por la otra. En dichas relaciones la autoridad desempeña frente al particular los actos de autoridad propiamente dichos, que tienen como características la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad. Se dice que tales actos son unilaterales porque su existencia depende sólo de la voluntad de la autoridad; son

¹⁴⁸ G. DURIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" en Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Munchen, Isar Verlag, 1956, pp. 157-190. HESSE, Konrad, Verfassungs und Privatrecht, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988. BLECKMANN, Albert, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en 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.

¹⁴⁹ SCHWABE, Jürgen, "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte", en AöR 100(1975), pp. 442-470. VON MÜNCH, Ingo, Zur Drittwirkung der Grundrechte, Diss., 1998.

imperativos en virtud de que se imponen aun en contra de la voluntad del gobernado, y son coercitivos dado que si no se acatan voluntariamente, se puede lograr su cumplimiento coactivo mediante el uso de la fuerza pública.¹⁵⁰

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.¹⁵¹ Es decir, al momento de celebrar una relación contractual ante cualquier Corporativo o Empresa (financiera, relaciones públicas, contratación, etc.) éstas adquieren de manera ineludible el compromiso de no afectar los Derechos Fundamentales de sus consumidores o prestadores de servicios.

El desarrollo de la institución de la eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares (Drittwirkung), 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. Existen dos teorías sobre la eficacia de los Derechos Fundamentales para apoyar la tesis, entre las que se encuentran:¹⁵²

La teoría de la eficacia inmediata (directa). Dicha postura mantiene una subordinación directa del derecho privado al derecho constitucional. Desde la perspectiva de algunos autores, principalmente de derecho privado, se acaba con la autonomía privada y se subordina esta rama frente al derecho constitucional. Asimismo, los Derechos Fundamentales podrían ser usados exclusivamente para conseguir la nulidad de las disposiciones convencionales, y de esta manera, dejar sin valor contratos pactados con el cumplimiento de las formalidades legales, de donde se derivaría la inseguridad jurídica en el tráfico entre particulares. La otra postura, se denomina: teoría de la eficacia mediata (indirecta). Su principal defensor es el distinguido constitucionalista Dürig, quien explica que “este precepto impone

¹⁵⁰ Sentencia del amparo en revisión 1195/92, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de febrero de 1996. (Las negritas son nuestras).

¹⁵¹ HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privatrecht*, op. cit., p. 75.

¹⁵² ESCHENBACH, Jürgen/ Niebaum, Frank, “Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung”, en: *NVwZ*, 1994, pp. 1079-1082.

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”.¹⁵³ Hoy en día, existe un reconocimiento expreso para dotar de eficacia a los derechos, incluso frente a particulares, tal y como hemos destacado en el preámbulo del presente capítulo.

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.¹⁵⁴

La esencia de la eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares trata de saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas, en qué medida y en qué extensión.¹⁵⁵ Los primeros conflictos en torno a eventos de aplicación práctica de la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales datan de un fallo suscitado en el Tribunal Laboral Federal Alemán. Nipperdey, magistrado de ese órgano, fue uno de los impulsores iniciales a principios de los años cincuenta. Al ser el derecho laboral de carácter netamente social, comenzó a aplicar de modo directo los Derechos Fundamentales para resolver los conflictos laborales.

La referida sentencia fue dictada por el Tribunal citado, el 5 de mayo de 1957, en la cual anuló las cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los Derechos Fundamentales de una trabajadora que había sido despedida por haber contraído matrimonio, ya que el contenido de dichas cláusulas violaba directamente los Derechos Fundamentales a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la protección a la maternidad.¹⁵⁶ Colombia ha sido de los pocos países en Latinoamérica donde se ha introducido esta institución. Sin embargo, esto no ha solucionado el problema de fondo que aqueja en común a nuestras naciones: un sistema judicial efectivo capaz de adecuarse a los contenidos sustantivos de la constitución con el derecho ordinario. En el país andino, “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

¹⁵³ G. DURIG, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” en Festschrift zum 75... op. cit., p. 178.

¹⁵⁴ Registro No. 159 936; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 798. 1a./J. 15/2012 (9a.). Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁵ JULIO ESTRADA, Alexei, La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 88.

¹⁵⁶ ZACHERT, Ulrich, Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del trabajo, (Estudio comparado con el Derecho español), Netbiblio, A Coruña, 2008, pp. 7 y ss.

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.”

En México, el legislador ha reconocido en la nueva Ley de Amparo (2013), que el concepto actual de autoridad 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 se citan jurisdicciones 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 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.¹⁵⁷

Finalmente, el legislador advierte sobre 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, como hemos señalado anteriormente con el caso de Colombia.

¹⁵⁷ Dictamen, p. 21.

II. INTERPRETACIÓN Y GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La interpretación y argumentación se han convertido en un tema central en la teoría del derecho como en la práctica judicial. De acuerdo a la reforma constitucional de 2011 (artículo 1º), es obligación de cualquier autoridad jurisdiccional (administrativa o judicial), realizar una interpretación conforme a la Constitución y Tratados Internacionales de las normas que aplican (cuando inciden directa o indirectamente en los Derechos Fundamentales). Los criterios tradicionales para interpretar las normas jurídicas, tales como la interpretación lógica, gramatical, histórica y sistemática, creados a partir de la jurisprudencia romana por el jurista alemán Savigny, son perfectamente aplicables en este proceso de comprensión y adecuación de significado, por el hecho que se trata de enunciados normativos como cualquier otro.

Sin embargo, estos criterios no bastan para colmar los problemas que son planteados en la judicatura. Existen situaciones más complejas o casos difíciles, donde colisionan o chocan principios y valores constitucionales que el operador jurídico inevitablemente debe confrontar y decidir, a fin de lograr una mejor optimización entre estos. La lectura de las normas jurídicas ordinarias, ya sea que se trata de las leyes civiles, penales, mercantiles, debe ser realizada a través del prisma constitucional. Ninguna relación, aun cuando se trate de derecho civil, escapa al derecho constitucional. De ahí que los operadores jurídicos deben encontrarse habilitados para llevar a cabo los ejercicios hermenéuticos de comprensión de los Derechos Fundamentales.

Otra de las principales diferencias entre la interpretación de leyes ordinarias y las normas constitucionales es la manera en que éstas se conciben. Por un lado, frente a casos fáciles, es común emplear técnicas y principios generales del derecho para resolver problemas jurídicos concretos. Entendiendo por casos fáciles (clear cases) aquellos en los que nítidamente puede advertirse si una regla puede ser aplicada o no a la realidad jurídica dada.¹⁵⁸ Por otra parte, en los casos difíciles no es suficiente un procedimiento de subsunción para resolver el caso en concreto, sino que es necesario acudir a los principios que inspiran dicho ordenamiento o la norma objeto de aplicación. La argumentación jurídica ayuda a justificar las excepciones a la regla, o bien,

¹⁵⁸ Normalmente la traducción de este lenguaje jurídico es como casos fáciles.

decidir entre varias opciones posibles, la que mejor justifique el principio en aplicación.

Para lograr nuestro propósito, explicaremos la teoría de los principios y su influencia en la concepción de los Derechos Fundamentales. Examinaremos en un primer momento, las garantías constitucionales de las que se disponen para la protección de los derechos a partir del empleo del medio procesal por antonomasia: el juicio de amparo, así como otros instrumentos incluidos en los medios de defensa de la Constitución, como las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Asimismo, se incluye en este estudio la apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos en México, y su impacto en el orden jurídico nacional. Sobre este último punto, se abordará la cuestión del control de convencionalidad de los derechos humanos recién aprobado por el máximo Tribunal del país en 2011, así como la utilización de los principios interpretativos en el derecho interno.

1. CARENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO DURANTE EL SIGLO XX

Las técnicas de la interpretación jurídica son determinantes y necesarias hasta cierto punto en el ámbito constitucional, más no aplicables en todos los casos, y con mayor razón los casos difíciles o complejos. 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.”¹⁵⁹ 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

¹⁵⁹ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en Estudios sobre la interpretación jurídica, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 28; GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio” en Doxa, no. 4, 1987, pp. 87-117.

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”¹⁶⁰, 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 analógica¹⁶¹ de una norma presupone la previa identificación de su llamada ratio, es decir, de la razón o motivo, el objetivo por el que fue dispuesta la norma.”¹⁶² 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, es decir, 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.

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.¹⁶³ Existe igualmente la interpretación sistemática como una especie de interpretación correctora, la cual es 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

¹⁶⁰ Ibid., p. 33.

¹⁶¹ Vid. GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en Estudios sobre la interpretación jurídica, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 57.

¹⁶² GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en Estudios sobre la interpretación jurídica, op. cit., pp. 37-38; CISNEROS FARIAS, Germán, Lógica jurídica, Porrúa, México, 2005, p. 58.

¹⁶³ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas”, op. cit., p. 39.

totalidad de las disposiciones que componen un sistema jurídico.¹⁶⁴ Esta definición resulta ser, más o menos coincidente con la conceptualización realizada por los jueces mexicanos.

Sucede 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.¹⁶⁵ En este sentido, pienso que difiere con la propuesta de la jurisprudencia mexicana, ya que ésta 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.

La interpretación de las normas en el sistema judicial mexicano puede ser calificada de asistemática e inconstante, además de permanecer monopolizada durante décadas por el Poder Judicial de la Federación, mediante la resolución de sentencias relativas al juicio de amparo.¹⁶⁶ Este monopolio interpretativo causó que los jueces tuvieran limitada por mucho tiempo la interpretación constitucional de las normas y redujeran la labor judicial en una actividad formalista, es decir, se convirtieron en lo que Montesquieu había bautizado décadas atrás como la “boca muda del legislador”. El destacado constitucionalista Manuel González Oropeza ha 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.”¹⁶⁷ De ahí que juristas como Ignacio Vallarta, vislumbraran a la jurisprudencia como un método que brindara certeza y seguridad a los precedentes emitidos por los Tribunales. La

¹⁶⁴ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas”, op. cit., p. 40.

¹⁶⁵ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas”, op. cit., pp. 50-51.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en TAMAYO SALMORÁN, Rolando (comp.), Interpretación y decisión judicial, Fontamara, México, 1998, p. 250.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en Isonomía, no. 5, México, Octubre 1996, p. 239.

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

jurisprudencia tiene desde hace más de 50 años rango constitucional, y poco más de 125 años de ser obligatoria para las autoridades encargadas de aplicar la ley a casos concretos, y tiene varias formas de ser creada¹⁶⁸, se plasma formalmente a través de textos generalmente cortos, denominados: “tesis”.

Históricamente, uno de los criterios que ha limitado la labor de los operadores jurídicos en México ha sido la interpretación auténtica de las normas, la cual es una herencia del artículo constitucional 72, inciso f), limitando la posibilidad del judicial review en México.¹⁶⁹ Durante el siglo XIX, los jueces no podían tener otras funciones más que las de juzgar y hacer que se ejecutara lo juzgado, por lo que sus sentencias en todas las causas civiles, deberían de contener la expresión de los hechos, según resultare del proceso. Algunos estados de la Federación como Tamaulipas, iban al extremo de sancionar con remoción de la autoridad, si ésta se atrevía a interpretar la ley. Al respecto se ha sostenido.

La rigidez de la interpretación auténtica de las leyes fue tan intolerable e irrealizable que la consolidación del juicio de amparo fue permitiendo, a la autoridad judicial, la utilización de una interpretación “jurídica” aplicable al caso concreto sin declaraciones generales, llegando a ser reconocida normativamente hasta la modificación del artículo 14 del proyecto de la Constitución de 1917.¹⁷⁰

Es importante advertir y denunciar, 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 PJJ durante los años setenta y ochenta, sostenían que la jurisprudencia no constituía “una legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador”, así como que “su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos

¹⁶⁸ Formalmente, y de acuerdo a la Ley de Amparo, existen cuatro mecanismos de creación de jurisprudencia por órganos del Poder Judicial de la Federación: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación. Artículos 215 a 230 de la Ley de Amparo.

¹⁶⁹ 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.”

¹⁷⁰ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, La jurisprudencia, op. cit., p. 120.

que motivaron el juicio.”¹⁷¹ Esta interpretación se encuentra impregnada por el legalismo y el estatismo, que debilita fuertemente la intención de los juristas clásicos para ser innovadores y creativos en solucionar los casos que ante ellos se presentan.

Asimismo, no existe un consenso en torno a la interpretación de la ley. Sin embargo, uno de los primeros que aparece es el gramatical, 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.¹⁷² 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.¹⁷³ 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.”¹⁷⁴ Durante los años treinta (12 de febrero de 1934), la Primera Sala de la SCJN reconoció como “elementos” de interpretación de la ley los siguientes.¹⁷⁵

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.

Estos elementos son recuperados de la teoría jurídica del alemán Savigny, expuestos en la famosa obra: *El espíritu del Derecho Romano*.¹⁷⁶ En este sentido, se incorpora el concepto de interpretación como: “la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro) expresado en la Ley en cuanto sea conocible en la ley.”¹⁷⁷ Subsecuentemente, las tesis publicadas durante finales de los

¹⁷¹ 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.

¹⁷² INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación* Localización: Tomo XIV Materia(s): Común, p. 1458.

¹⁷³ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Tesis Aislada, quinta época, pleno, XVI, pág. 1133

¹⁷⁴ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIX, p. 18.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Abril de 1991, p. 192

¹⁷⁷ 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.

años treinta, procuran ser menos reduccionistas, y amplían al aspecto constitucional y de derechos de los inculpados la interpretación gramatical.¹⁷⁸ Asimismo, se adicionaría la presunción de constitucionalidad de las leyes, en relación a la interpretación de las leyes ordinarias.¹⁷⁹

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 la interpretación realizada por las autoridades administrativas.¹⁸⁰ Hasta ahora, estos criterios muestran una visión conservadora y estatista del control judicial de las leyes. Cabe advertir que el juez mexicano, hasta los años '40, reconocerá la necesidad de una interpretación no sólo literal cuando las normas son "imprecisas, de manera que su aplicación haga necesario acudir a sus fuentes, a la finalidad que se propuso el legislador y a otros medios legales que conduzcan a dilucidar cuál fue la intención de éste; pero cuando las normas son claras y precisas, de su simple lectura es posible percatarse de los casos que comprenden, no ameritan interpretación ninguna y deben aplicarse literalmente."¹⁸¹ En este sentido, el juez mexicano distingue casos donde es necesario hacer una aplicación literal de la ley, y cuando no lo fuesen, se llevaría a cabo una interpretación gramatical o teleológica. Durante la década de los cuarenta, se reconocería la interpretación analógica, ya prevista por el artículo 14 constitucional como criterio interpretativo, "cuando existe relación o semejanza entre casos expresados en alguna ley y otros que se han omitido en ella."¹⁸² En este mismo sentido, se encuentra la inducción como mecanismo para concretar la ley a los casos en específico.¹⁸³ A finales de la

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVI, p. 706.

¹⁸⁰ LEYES, INTERPRETACIÓN DE. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LIX, 2a. Sala; S.J.F., p. 2889.

¹⁸¹ LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIV, p. 1451. 23 de abril de 1940. LEY INTERPRETACIÓN DE LA. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXI, p. 2244.

¹⁸² INTERPRETACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXV, p. 3890. 23 septiembre de 1940.

¹⁸³ INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. [TA] 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXIX, p. 5084. 8 de marzo de 1944.

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".¹⁸⁴

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

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

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

¹⁸⁴ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, REGLAS DE LA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo XCVIII, p. 2038. 23 de Agosto de 1948.

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.¹⁸⁵

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.¹⁸⁶ Durante esta misma década de los '50 se retrocedió sustancialmente en los criterios, cuando se determinó que la interpretación "correcta" era la teleológica,¹⁸⁷ y años más tarde se exponía que "el legislador no expresa en sus dispositivos legales palabras inútiles o redundantes"¹⁸⁸, 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"¹⁸⁹, y reiterando que en aquellos casos "claros" no existía la necesidad de interpretación, pues se correría el riesgo de violar el principio de seguridad jurídica, entendido éste como derecho fundamental.¹⁹⁰ Asimismo, se determinaron las reglas interpretativas de las resoluciones civiles cuando las normas fueran "oscuras", pero sin esclarecer ni precisar los parámetros de esa "oscuridad" y "ambigüedad",¹⁹¹ previniendo al juez para no contradecir las leyes a través de la jurisprudencia.¹⁹² 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

¹⁸⁵ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 984.

¹⁸⁶ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI, p. 1355.

¹⁸⁷ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIII, p. 666. Primera Sala (8 de junio de 1953).

¹⁸⁸ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 839. Segunda Sala (28 de julio de 1955).

¹⁸⁹ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Sala Auxiliar (24 de agosto de 1955).

¹⁹⁰ INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Cuarta Sala (5 de octubre de 1955).

¹⁹¹ LEY, INTERPRETACIÓN DE LA, EN LAS SENTENCIAS. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVIII, p. 231. (20 de abril de 1956).

¹⁹² INTERPRETACIÓN DE LA LEY. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXXII, p. 263. Cuarta Sala (6 de mayo de 1957).

interpretación y determinación del sentido de la ley”¹⁹³, es decir, era una interpretación de la misma y no una ley ni en sentido formal como material.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶ No obstante lo anterior, esta última sistematización propuesta en la jurisprudencia mexicana coincide parcialmente con los criterios sostenidos por la tradicional teoría de la interpretación jurídica, que más allá de desentrañar la voluntad objetiva y subjetiva de las normas, en el contexto de la indeterminación constitucional, debería ocuparse de aspectos más complejos, holísticos e integradores en el contexto de la indeterminación constitucional. Tal y como advierte Hesse, “restringirse a las reglas tradicionales de la interpretación supone[...] en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que sólo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad.”¹⁹⁷ Por otra parte, a finales de los años ochenta se va gestando por primera vez una distinción entre la interpretación de las normas legales y la interpretación constitucional.¹⁹⁸

El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo,

¹⁹³ INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. [TA]. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XLIX, segunda parte, p. 58. Primera Sala (24 de julio de 1961).

¹⁹⁴ 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).

¹⁹⁵ 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).

¹⁹⁶ INTERPRETACIÓN 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).

¹⁹⁷ HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011, p. 59

¹⁹⁸ INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS; [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 419.

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 sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.

Del anterior criterio, destaca el reconocimiento de la eficacia normativa de la Constitución, así como la denuncia del formalismo jurídico y del positivismo decimonónico y la subsecuente atadura del juez a interpretar de manera mecánica las leyes, en contraposición, pone de manifiesto, la labor "creadora" del intérprete judicial, reconociendo los valores y principios constitucionales y advirtiendo sobre la incidencia que tiene la realidad social como una fuente más del derecho. Sin embargo, los criterios posteriores reducen el aspecto interpretativo a cuestiones meramente gramaticales en relación al "método sistemático", volviendo a convertir la interpretación jurídica a técnica judicial¹⁹⁹, y volviendo a reiterar los métodos que antes habían establecido para la interpretación judicial.²⁰⁰ A pesar de lo anterior, los criterios se limitaban únicamente a establecer las reglas interpretativas para

¹⁹⁹ INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DE LAS LEYES. DEBE REALIZARSE EN RELACIÓN CON EL MÉTODO SISTEMÁTICO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989; Pág. 420.

²⁰⁰ INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA. [TA]; 8a. Época; 3er T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Abril de 1991, p. 192.

las materias civil y penal, respectivamente.²⁰¹ Igualmente, es relevante 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”.²⁰²

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”.²⁰³ De esta manera, la prohibición y atadura a los jueces ha desaparecido paulatinamente del Poder Judicial de la Federación, al reconocer que puede disponerse del criterio más adecuado para resolver el caso en concreto, pero con ciertas reticencias, al determinar que el primer criterio debe ser el literal, en respeto al principio de legalidad y seguridad jurídica, contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal. Finalmente, se ha reconocido en un primer momento a la interpretación conforme como una herramienta en la labor judicial, entendida como aquella “de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales [...] a fin de lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional.”²⁰⁴ Posteriormente, y hasta la Décima Época, se ha determinado las directrices de aplicación en sentido amplio y estricto, tal y como explicaremos más adelante, cuando abordemos el tema del control de convencionalidad.²⁰⁵

²⁰¹ JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL. INTERPRETACIÓN DE LA LEY CON EFECTOS EXTENSIVOS Y DE EXCEPCIÓN. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Junio de 1996, p. 863.

²⁰² 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.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ 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.

Sin duda, la ausencia de sistematicidad en los criterios interpretativos por el PJJ 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.

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. Por esto, consideramos 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 los siguientes apartados.

2. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El término jurisdicción constitucional de la libertad fue creado por el ilustre jurista italiano Mauro Capelleti. Entendiendo por ésta, "la concretización creadora de las disposiciones que –por su mayor generalidad- reglamentan

los derechos del hombre”²⁰⁶. Es decir, la tutela y protección de los Derechos Fundamentales mediante los procesos constitucionales que determine cada carta fundamental. En este sentido, Brage Camazano ha retomado algunos elementos de la anterior definición, y se ha referido a aquella como “el conjunto de garantías procesales de carácter específico y tramitación sencilla y expeditiva, previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el internacional (en sentido propio, es la jurisdicción constitucional de la libertad), para la tutela efectiva de los derechos humanos y de los que conocen todos o algunos de los órganos judiciales de ese país”²⁰⁷. Al respecto, cabe destacar los caracteres siguientes:

1. Garantías (de derechos subjetivos).
2. Garantías de Derechos Fundamentales.
3. Garantías procesales de carácter específico y tramitación expeditiva y sencilla.
4. Garantías de probada efectividad.
5. Garantías de naturaleza nacional (y preferentemente constitucional) o internacional.
6. Garantías frente a la violación o amenaza tangible de violación (de los Derechos Fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares.
7. Garantías cuyo conocimiento y tramitación se atribuye a órganos judiciales nacionales internacionales.

De esta forma, la labor que lleva a cabo el Poder Judicial de la Federación en la tutela y protección de los Derechos Fundamentales pertenece a la jurisdicción constitucional de la libertad. Asimismo, cabe resaltar que esta función es ejercida a través de distintos órganos: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Pleno y sus dos Salas, así por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y sus cinco Salas Regionales en su calidad de órganos terminales, así como los distintos Juzgados federales, como los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito. A partir de la sentencia del Caso Radilla, se ha aprobado el control de convencionalidad ex officio, en un modelo de control difuso. En este sentido, cuando se trate de la interpretación de normas pero únicamente aquellas

²⁰⁶ CAPELLETI, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad (Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco), esta edición incluye el trabajo del maestro Héctor Fix-Zamudio titulado: Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana, (Prólogo de Mariano Azuela), Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1961, p. 69.

²⁰⁷ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos), (Prólogo de Héctor Fix-Zamudio), Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, México, 2005, p. 24.

relacionadas con los Derechos Fundamentales, el operador jurisdiccional de cualquier nivel, tendrá la capacidad de llevar a cabo el control constitucional de aquéllas.

2.1 EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO

En los dos modelos jurídicos más importantes: el romano-germano y el anglosajón, existen distintos procesos a través de los cuales se pueden proteger y tutelar los Derechos Fundamentales.²⁰⁸ Por antonomasia, el juicio de amparo es uno de los medios más representativos e importantes para cumplir este propósito. El Poder Judicial de la Federación ha detentado por mucho tiempo el monopolio de la resolución de este tipo de juicios. Hoy en día, el juicio de amparo es una institución muy criticada, debido al excesivo tecnicismo que provoca que éste 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 y realidades sociales cotidianas. Igualmente, existe una fuerte crítica sobre la falta de coherencia y sistematización en la argumentación judicial en las sentencias del poder judicial federal, que provoca que éste se encuentre bastante alejado del ciudadano de a pie, que día a día sufre las violaciones a los Derechos Fundamentales. 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

²⁰⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, op. cit., pp. 11-19.

las soluciones existentes son dispersas, parciales, casuísticas y asistémicas.²⁰⁹

Otra de las inquietudes que han sido puestas en la mesa de debate ha sido la relacionada con la 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 transnochado, y un falso sincretismo metodológico, que ocasiona y reduce el ámbito de protección de los Derechos Fundamentales.²¹⁰ Ante estos planteamientos el legislador ha decidido modificar la ley reglamentaria para crear una nueva Ley que responda ante estas necesidades. Por este motivo, la reforma a la Ley de Amparo ha sido quizá una de las asignaturas pendientes con mayor demanda hacia el Poder Legislativo. 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). Después de un intenso debate legislativo y trabajo en Comisiones de ambas Cámaras del Congreso de la Unión²¹¹, surgió un Dictamen definitivo por el Senado de la República, en el cual se resumen algunos de los motivos más importantes para su aprobación.²¹²

Esta nueva Ley, aprobada el 20 de marzo de 2013, viene entonces a complementar un conjunto de reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación, 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

²⁰⁹ 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.

²¹⁰ 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.

²¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

²¹² 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 artículos 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 1 y 11 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, No. 283, Tomo II, 6 de Octubre de 2011.

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.

No cabe duda que 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 corporativos, e 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 la Constitución y las leyes. La 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, hace posible la creación de ciudadanos.²¹³

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 sólo en papel mojado. Además, es lógico que en su momento, hace casi setenta años, el legislador haya escapado muchas circunstancias de la

²¹³ Dictamen, p. 6.

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, lo que se modifica es el 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”, como la afectación a los derechos de los consumidores, o al medio ambiente, por 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. 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. Esto abriría la puerta, por ejemplo a aquellas empresas que gocen de la concesión de algún servicio público, como la telefonía o el transporte.

Otro de los puntos clave de la reforma, 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.

La ley pretende 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 pretende la Ley, es otorgar mayores elementos al juez, para que, en el caso concreto, pueda ponderar adecuadamente entre el interés privado y el interés público. Es una gran apuesta hacia la discrecionalidad del juzgador, ya que, en ocasiones, el intérprete se veía limitado jurisprudencialmente para otorgar suspensiones ante algún pronunciamiento previo. 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.

La nueva Ley de Amparo recién aprobada permitirá a los justiciables contar con mejores recursos procesales para proteger sus Derechos Fundamentales. Nos encontramos ante una Ley de vanguardia, que busca la democratización de la justicia, al hacer más asequible el juicio de amparo para las mayorías, que moderniza la reglamentación de esta institución, que por décadas, había

permanecido anticuada y obsoleta. Vuelve más simples y sencillos los mecanismos tanto de fondo como procesales para su tramitación. Introduce nuevos aspectos novedosos para su ágil tramitación. En síntesis, una legislación que pretende volver a situar entre las mejores posiciones del mundo a una institución tan noble a la que tuvieron acostumbrados sus fundadores desde hace más de un siglo.

2.2 LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En nuestro país existen dos vías para la protección de las garantías individuales: la vía jurisdiccional y la no jurisdiccional. La primera, la hemos abordado en el epígrafe anterior, la segunda, se trata de un recurso de carácter administrativo, el cual se hace valer mediante la interposición de una Queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o en su defecto, en las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, que normalmente existen en todas las entidades federativas, incluyendo al Distrito Federal, lo anterior se encuentra previsto en el apartado B del Artículo 102 de nuestra Carta Magna.²¹⁴

La figura del Ombudsman es inherente a la institución mexicana denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, creada en 1990, y logrando su autonomía constitucional el 28 de enero de 1992, cuando se publica en el Diario Oficial de la Federación. El concepto de Ombudsman, carece de traducción a otro idioma y en sueco significa “hombre que da trámite”. Al respecto, podemos definir al Ombudsman como aquel: “funcionario, con jurisdiccional nacional o regional, general o especializada, que tiene el encargo de cuidar a solicitud de los particulares o motu proprio, que la acción de las autoridades, particularmente de las gubernativas, sea no solamente legal, sino razonablemente oportuna, justa humana.”²¹⁵

Se ha establecido que los orígenes de lo que actualmente constituye la institución del Ombudsman se remontan al siglo XVIII en Suecia, cuando el Rey Carlos VII encomendó al Ombudsman, quien era uno de sus colaboradores, la función de supervisar la legalidad de los actos de la

²¹⁴ Vid. MARTÍNEZ MORALES, R., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, Oxford, México, 2004, p. 138.

²¹⁵ CARRILLO FLORES, Antonio, La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos, Porrúa, México, 1981, p. 251.

administración pública, denunciar abusos de poder, hacer propuestas para sancionar a los servidores públicos y mejorar el funcionamiento del servicio civil²¹⁶. Esta institución fue adoptada en primer lugar en Finlandia, después de la primera Guerra Mundial, posterior a esto se expandió por Europa, Asia, África y América Latina durante la mitad del siglo pasado.

De esta forma se fue configurando el modelo universal no jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos. Conforme a especialistas, el Ombudsman debe reunir las siguientes características:²¹⁷ independencia, imparcialidad, experiencia en la administración pública; y accesibilidad. Conforme a su sentido originario, la función principal del Ombudsman, consiste en la supervisión de la observancia de las leyes y disposiciones por los servidores públicos, con la finalidad de que estos cumplan cabalmente con sus obligaciones. Los sujetos de inspección son por consiguiente, las autoridades del gobierno, funcionarios y empleados subordinados a dichas autoridades y los demás servidores públicos que se encuentran investidos de un nombramiento por la autoridad pública.²¹⁸

En el año de 1990, por decreto presidencial, se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), en 1992, se perfecciona su marco jurídico al introducirla en el texto del Artículo 102, apartado B, de la Constitución Federal, y precisamente en esta disposición se prevé la existencia de organismos protectores de Derechos Humanos en todos los Estados de la República y uno en el ámbito federal, lo que se conoce actualmente como Sistema no Jurisdiccional de Protección a los Derechos Humanos más grande del mundo.

La queja ante estos organismos procede por violación de Derechos Humanos. La principal diferencia entre los medios utilizados entre el Juicio de Amparo y la Queja ante las Comisiones de Derechos Humanos, ya sea, Nacionales o Estatales es, básicamente, que la sentencia que se dicta en el primero es obligatoria para la o las autoridades a quienes se dirige; en cambio, las

²¹⁶ ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, Emilio, "Prospectiva del procedimiento no jurisdiccional de protección a los derechos humanos" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho), T. VII, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 902 y ss.

²¹⁷ V. ANDERSON, Stanley, *Ombudsman Papers: American Experience and Proposals*, Institute of Governmental Studies, University of California, Berkeley, 1969, p. 158.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 159.

resoluciones dictadas por las Comisiones de Derechos Humanos, que se llaman “recomendaciones no vinculatorias”, carecen de toda fuerza coactiva o jurídica, es decir, es potestad de la autoridad cumplirlas o no, y sólo generan una presión o un concepto negativo por parte de la opinión pública, respecto de las autoridades destinatarias. Sólo queda precisar que, tanto la Comisión Nacional y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos “no pueden conocer de asuntos en materia electoral, jurisdiccional y laboral, así como en materia de interpretación de leyes”, lo anterior, se encuentra establecido en el apartado B del Artículo 102 de la Constitución Federal y 7° de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

2.3 EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Existe a nivel regional el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, compuesto por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la primera, fue establecida en 1959, y la cual se rige por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como su Estatuto y el Reglamento de la Comisión, donde se detallan sus facultades y procedimientos. La oficina de la Comisión tiene su sede en la ciudad de Washington, D.C. y está integrada por siete miembros que son propuestos por los Estados, y los cuales son elegidos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Cabe señalar que estos miembros no representan a sus países. La principal facultad de la Comisión es recibir las peticiones o denuncias que se presenten ante ella, ya que es la encargada de investigar las violaciones a derechos humanos cometidas por autoridades gubernamentales, así como formular recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que los hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que se investiguen y se repare a las víctimas el daño causado por la violación a sus derechos humanos. Estas denuncias pueden ser presentadas a título personal o por grupos u organizaciones que aleguen violaciones a sus derechos.

Entre los Derechos protegidos por la Declaración son los que se encuentran en los documentos internacionales, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana: uno sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

("Protocolo de San Salvador"), entre otros. Existen dos fases: una de investigación y la otra de presentación de demanda ante la Corte Interamericana. Durante la tramitación de un caso la Comisión procura facilitar un acuerdo entre las partes para llegar a una solución amistosa. Si las partes no llegan a un acuerdo y la Comisión determina que existió una violación a los derechos, esta misma lleva a cabo la representación ante la Corte Interamericana

Cabe señalar que el Sistema Interamericano no es un Tribunal de Apelaciones, es decir, no puede revisar las sentencias o decisiones de las autoridades nacionales, sino que actúa únicamente por aquellas irregularidades dentro de un proceso que constituyan violaciones a los derechos humanos. Asimismo, respecto al requisito de cumplimiento del principio de definitividad, los peticionarios deberán agotar los recursos internos dentro de sus Estados, con excepción de aquellas situaciones graves, donde la víctima haya tratado de agotar los recursos internos de su país y cuya vulneración sea el propio derecho fundamental a la tutela de justicia efectiva.

Ahora bien, el proceso contencioso se lleva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en Costa Rica. Este Tribunal tiene el carácter de un organismo de la región de los Estados pertenecientes al Sistema Interamericano, muy similar a su homólogo europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos. Este Tribunal con el carácter supranacional condena a los Estados, por su responsabilidad internacional ante un actuar o una omisión de los mismos, es decir, por incurrir en responsabilidad al haber violado derechos humanos, compensación calculada y traducida a nivel económico. Al respecto, uno de los precedentes más emblemáticos sobre el tema de responsabilidad internacional del Estado se encuentra en Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 29 de julio de 1988, en el cual se establecieron los criterios más significativos. En primer lugar, cabe realizar la distinción entre la protección internacional de los derechos humanos con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.²¹⁹

²¹⁹ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 134.

En otro sentido se encuentra la justicia penal internacional se relaciona directamente a la responsabilidad internacional del individuo, la cual ha recibido aceptación de parte de la doctrina del derecho internacional, siendo esta clase de responsabilidad internacional directa consecuencia sólo excepcionalmente de la índole y la gravedad de los actos cometidos por el individuo sujeto a responsabilidad internacional (delimitado jurisdiccionalmente por el respectivo instrumento).²²⁰ Las situaciones en las cuales el Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos podemos clasificarlas de la siguiente forma:

- Violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.
- Un hecho violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte directamente un Estado, pero que por ser obra de un particular o por no haberse identificado el autor de la transgresión puede acarrear responsabilidad internacional del Estado.

Esta última responsabilidad de parte del Estado no deviene por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.²²¹ Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.²²² En tal sentido, los efectos de las sentencias dictadas por la CIDH, pueden incluir las siguientes medidas.

- Prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a los Derechos Fundamentales reconocidos por la CADH
- Procurar el restablecimiento del derecho conculcado.
- Reparación de los daños producidos por la violación de algún derecho

²²⁰ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, Instituciones de derecho internacional público, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 708. Artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²²¹ Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 172.

²²² Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 173.

El fundamento jurídico para exigir responsabilidad hacia un Estado y exigir reparaciones por violaciones a los Derechos Fundamentales es el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que este conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

En tal sentido, el momento en que surge la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos puede ser el siguiente.²²³

- Momento del acto lesivo
- Momento del acto lesivo cometido por un agente del Estado
- Momento en que fallan los recursos internos

En relación a la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos de particulares, los Estados tienen un deber de diligencia debida de prevenir, investigar y castigar las violaciones al derecho internacional y pagar una justa indemnización. Este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El argumento para exigir la responsabilidad hacia el Estado no es la violación en sí del derecho fundamental por un particular, sino la falta o ausencia de parte del Estado para proveer de una debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en términos de la CADH. Es decir, la violación al derecho fundamental hacia un particular no resulta directamente del Estado, pero sí de manera

²²³ SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford Press, 1999, p. 107. cit. FERIA TINTA, Mónica, "La responsabilidad del Estado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a veinticinco años del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: las lecciones del caso Hermanos Paquiyauri" en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, IIJ, UNAM, México, 2007, p. 86.

indirecta, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión²²⁴.

En materia de derecho internacional de los derechos humanos, cuando no es procedente disponer que se garantice al lesionado el derecho o libertad violados, entonces se debe proceder a reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Es decir, la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados, por lo que procede una justa indemnización.²²⁵ Las bases para definir el monto y la forma de pago de dicha indemnización pueden ser convenidas entre las partes, de lo contrario la CIDH fijará²²⁶. Entonces, queda establecido que, en primer lugar, la CIDH puede establecer en caso de que pueda repararse el derecho fundamental que así lo haga dictando alguna medida restitutoria. En caso contrario, la Corte concede un plazo a las partes para que fijen el monto por la reparación del derecho fundamental violado, de no ponerse de acuerdo, entonces la CIDH establecerá un monto por concepto de indemnización del derecho fundamental violado.

Uno de los criterios más recientes respecto para determinar la responsabilidad internacional del Estado son los siguientes:²²⁷

- En el sistema interamericano de protección de derechos humanos la responsabilidad internacional del Estado surge cuando se genera el acto violatorio de los derechos humanos; sin embargo, dicho sistema es subsidiario, y el Estado tiene la facultad y el deber de tratar de solucionar el asunto a nivel interno, es decir, investigar, sancionar e indemnizar
- Si el Estado investiga y sanciona a todos los responsables de los hechos e indemniza adecuadamente a las [presuntas] víctimas o sus familiares, descarga su responsabilidad internacional, que había surgido cuando se dieron los hechos y ya no es responsable internacionalmente, ante el sistema interamericano [de protección] de derechos humanos por incumplimiento de su obligación

²²⁴ Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 172.

²²⁵ Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 189.

²²⁶ *Ibid.*, párrs. 190-192.

²²⁷ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, Pár. 68.

- Al momento de estudiar si se aplica o no [la] responsabilidad, hay que tener en cuenta el carácter subsidiario del sistema interamericano y ver cuál fue el resultado de las actuaciones a nivel interno, de lo contrario el sistema interamericano prácticamente se convertiría en un Tribunal original y principal y perdería [el] carácter subsidiario que la Convención Interamericana le otorga.

3. LA APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, los Derechos Fundamentales consagrados a nivel internacional forman parte del derecho interno en México, acorde a lo estipulado de manera expresa en el artículo 1º, párrafo 2, de la CPEUM. El citado precepto no se puede leer aisladamente, requiere de una interpretación sistemática para su comprensión. Por ello, es necesario referirse antes al párrafo primero y tercero para lograr mejor comprensión del mismo.

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

[...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El párrafo primero, reconoce a los derechos humanos contenidos no solamente en la Constitución, sino también en los Tratados Internacionales. Igualmente, el párrafo tercero, adiciona lo que la doctrina constitucional conoce como eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales. Este principio significa, que los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, además de ser origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con lo que sus titulares no

han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.²²⁸

La interpretación conforme, en voz de los tratadistas, es una exigencia del principio de la supremacía constitucional. De tal forma que, "la Ley Fundamental no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento de la legislación que resulte incompatible con ella – como ocurre con la declaración de inconstitucionalidad – sino también cuando se exige que todos los días las leyes se interpreten y apliquen de conformidad con la Constitución."²²⁹ Esta clase de interpretación forma parte de una clasificación más amplia que los teóricos han denominado interpretación correctora o adecuadora. Consiste en la adaptación o- adecuación- del significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior. Por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas, de modo que la primera sea conforme a un principio constitucional, mientras que la segunda esté en contraste con él, se hace interpretación adecuadora eligiendo la interpretación conforme al principio constitucional y rechazando la otra.²³⁰

Esto 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 del derecho europeo. Precisamente, este será el mismo camino que sigue el legislador mexicano al momento de reformar la CPEUM. Al respecto, el Dictamen de la Cámara de Senadores (que por cierto, es el definitivo) dice lo siguiente (las cursivas son mías).

Es evidente que una de las consecuencias de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirían reconocimiento y protección constitucional. Es tarea del legislador constituyente resolver el

²²⁸ 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.

²²⁹ EDGAR CARPIO, Marcos, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (Con especial referencia a la experiencia alemana), en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.), La ciencia del derecho procesal constitucional..., op. cit., T. VI, p. 173.

²³⁰ GUASTINI, Ricardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial" en Jueces para la democracia. Información y debate, Madrid, No. 34, 1999, pp. 6-7.

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 desaparición 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.²³¹

De esta manera, el citado precepto de la CPEUM, incluye también la interpretación conforme de las normas jurídicas, con la finalidad de asignar un significado concreto a los Derechos Fundamentales. Este canon hermenéutico tiene origen en Alemania, en uno de los primeros fallos del Tribunal Constitucional de aquella nación, en las sentencia de 7 de mayo de 1953 –BVerGE 2,66 [282]- en la cual se expresaba que, “en caso de duda se ordena una interpretación conforme a la Constitución” sin que esto significara “dejar de lado la finalidad de la ley”, lo que daría nacimiento a lo que denominan los alemanes la (Verfassungskonforme Auslegung).²³² El referido Tribunal ha empleado esta clase de interpretación en los casos en los cuales una interpretación amplia de la ley resulta incompatible con la Constitución y ha

²³¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta del Senado de la República, Año I, Segundo Periodo Ordinario, Legislatura LXI, No. 115, Viernes 9 de abril de 2010, p. 19.

²³² También pueden consultarse distintas sentencias que reiteran estos criterios del Tribunal Constitucional Alemán: BVerGE 8,28; BVerGE 40,88. Vid. SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 3 y ss. En este mismo sentido están inspiradas las sentencias del Tribunal Constitucional Español: SSTC 34/1983; 67/1984; STC: 115/1987; 93/1984; 52/1988; 253/1988; 105/1987; 87/1991.

permitido una interpretación estricta, siempre inspirándose en la voluntad del legislador, en la medida en que se compatibilice con la Constitución.

3.1 LA INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

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."²³³ Acorde a 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.²³⁴

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

...

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

²³³ HERDEGEN, Matthias, Derecho Internacional Público, UNAM-IIJ, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 217-218.

²³⁴ 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.

Por ende, 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 a los criterios sustantivos de la jurisprudencia interna como de derecho internacional, con el fin de evitar un posible vaciamiento del contenido esencial de los mismos. De esta manera, forman parte del derecho interno de los derechos humanos, no solamente los contemplados por la CPEUM, sino también por los Tratados Internacionales que el Estado mexicano ha ratificado. De acuerdo a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México ha firmado 181 tratados de derechos humanos, de los cuales, 21 son regionales y 160 multilaterales; 73 vinculantes y 108 no vinculantes. Debido a este motivo, la labor de interpretación y argumentación jurídica se vuelve cada vez más compleja y difícil, ya que los jueces deben encontrarse preparados para resolver cualquier controversia que se suscite tomando en cuenta a los mismos.

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

Obviamente que al momento de su aplicación, se deben tomar las debidas precauciones, respetando los principios que la doctrina constitucional había establecido desde los años sesenta, y que de manera excelente, recoge la jurisprudencia de los Organismos Internacionales (como veremos más adelante).²³⁵

²³⁵ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 207 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución" en *Derecho Procesal*

1. Principio de la unidad de la Constitución. Una disposición constitucional no puede ser considerada de forma aislada ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma.
2. Principio de armonización de las normas constitucionales en tensión. Existen normas constitucionales que en algunas ocasiones colisionan con otras normas también de rango constitucional. En esta clase de interpretaciones deben estar guiadas por algún principio o máxima como el principio a favor libertatis, ya que esta es una de las más importantes máximas destinadas a la ponderación.
3. Principio de conformidad funcional. Sucede cuanto se trata de armonizar mediante la interpretación un conflicto entre normas constitucionales orgánicas.
4. Principio de la interpretación conforme a la Constitución. La supremacía constitucional obliga a los jueces, operadores públicos o privados, Tribunales administrativos y judiciales a interpretar la Constitución en el sentido resultante de los principios y reglas constitucionales.

A estos cuatro criterios tradicionales, Peter Häberle advierte sobre la existencia de un quinto método más: la comparación cultural de la Constitución, con especial énfasis en el campo de los Derechos Fundamentales. Esta interpretación “es capaz de explicar por qué textos iguales han dado motivo y han requerido, en el curso del tiempo o desde el principio, una interpretación distinta.”²³⁶ Existen en el sistema jurídico internacional ciertos principios básicos para la interpretación y argumentación cuando se trata de Derechos Fundamentales. El maestro Edgar Carpio refiere ciertos principios sobre los derechos humanos de los cuales daremos cuenta en las líneas siguientes.²³⁷

El primer principio se denomina pro homine, éste cuenta con dos variantes: el principio de preferencia interpretativa y el principio de preferencia de normas. El primero de ellos hace referencia a la preferencia del intérprete por el derecho que más optimice (como diría la doctrina alemana) el derecho fundamental en cuestión. Este principio queda escindido en otros subprincipios: de favor libertatis, favor debilis, in dubio pro reo, in dubio pro

Constitucional, Tomo III, op. cit., 2724-2732. HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional” en Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2002, pp. 2740-2741.

²³⁶ HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional”, op. cit., p. 2740-2741. Del mismo autor: “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional”, en AA. VV., LÓPEZ PIÑA, A. (Dir.), La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, 1991, p. 271 y ss.

²³⁷ CARPIO MARCOS, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, op. cit., pp. 41 y ss.

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. De igual forma, respecto a este principio, el referido autor desprende 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 o 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.

Otro de los principios, es el de mayor protección de derechos, es una técnica americana surgida de la Corte Suprema de Estados Unidos. Consiste básicamente en que si un Estado de la República ha consagrado en su constitución local un derecho fundamental en mayor protección que en la Constitución Federal, corresponde entonces al Estado asegurar y proteger dicha expansión o amplitud que ha otorgado el legislador local.

Finalmente, la fuerza expansiva de los derechos tiene relación con el principio de universalidad que deben tener los derechos humanos. Específicamente la fuerza expansiva de los derechos se encuentra dirigida en varios sentidos: hacia la titularidad, es decir, se habla de ser humano o persona como titular de los derechos, pretendiendo eliminar la categoría de ciudadano o nacionalidad. Asimismo, se encuentra la eficacia horizontal y vertical que tienen los Derechos Fundamentales, esto se refiere a la teoría de que los Derechos Fundamentales pueden también ser exigibles frente a particulares (temática que analizaremos en la última parte de este capítulo).

3.2 CAMBIO DE PARADIGMA: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO

Antes de iniciar, nos gustaría precisar algunas cuestiones relacionadas con la definición del control de convencionalidad.

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.²³⁸

Por su parte, Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reitera lo anterior, en el sentido de que esta facultad (en sentido estricto), hace referencia a la posibilidad que tiene la CIDH para pronunciarse sobre la vulneración de los derechos humanos cometidos por los Estados parte de un determinado sistema regional. De esta manera afirma:

...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.²³⁹

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

²³⁸ REY CANTOR, Ernesto, 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 MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (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.

²³⁹ Pár. 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.

Humanos, donde se le otorga competencia a la Corte Interamericana, a fin de armonizar el derecho interno de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. En principio, únicamente los Tribunales Internacionales son los que pueden determinar cuándo un hecho violatorio de la Convención o Tratado, es imputable a un Estado, y éste a su vez, es sujeto de responsabilidad internacional. Ahora bien, ¿por qué se habla entonces de un control de la convencionalidad en el ámbito interno? Nos inclinamos en adición a una respuesta de origen hermenéutico, por otra también origen práctico. Se relaciona con la inmensa carga de trabajo de la misma CIDH, quien, en un intento por desahogar asuntos, ha invitado a los Poderes Judiciales de los Estados, a interpretar los Tratados Internacionales en aquellos aspectos en los que aquélla tiene pronunciamientos firmes en su jurisprudencia o instrumentos no vinculantes, tal y como lo advierte también Karlos Castilla.²⁴⁰ De la misma forma en que un Tribunal Constitucional como el mexicano, ha decidido en las últimas décadas, desahogar la carga laboral de asuntos hacia los demás órganos del Poder Judicial Federal.

Ahora bien, seguramente los estudiosos del derecho internacional se avocarán a contradecir este argumento, advirtiendo que se trata de un compromiso institucional hacia el derecho internacional de los Derechos Humanos. Es cierto que esto es efectivamente así, no obstante, no debemos dejar de observar estas cuestiones que, lo quieran o no, inciden en la política judicial de cualquier Tribunal. 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.²⁴¹

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

²⁴⁰ CASTILLA, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM-ILJ, vol. XI, México, 2011, p. 597.

²⁴¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “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 VON BOGDANDY, ARMIN, FIX-FIERRO, Héctor (et. al.) (Coords.), Construcción y papel de los Derechos Sociales Fundamentales hacia un *lus Constitutionale Commune* en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2011, p. 402.

internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio Jurídico”²⁴²

Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en el control de “comunitariedad” (convencionalidad), “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.”²⁴³ 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.²⁴⁴

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

²⁴² 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>

²⁴³ Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Pár. 24.

²⁴⁴ FERRERES COMELLA, Víctor, Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Marcial Pons, Madrid, 2011; DIEZ PICAZO, Luis 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.

supremos[...]"²⁴⁵, 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. 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. Preferimos el término conformidad con el derecho internacional o control interno de convencionalidad, en lugar de control de convencionalidad²⁴⁶, porque se debe analizar desde la óptica del consenso científico entre el empleo de términos, y no por una razón instrumental.²⁴⁷ Aclarado lo anterior, precisaremos algunos antecedentes de este control de convencionalidad

²⁴⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "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.

²⁴⁶ Sergio García Ramírez, Ex presidente de la CIDH, es quien ha preferido este término. "El control judicial interno de convencionalidad", en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, V, No. 26, Puebla, 2011, p. 126

²⁴⁷ Vid. HABERMAS, Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social, Madrid, 1992. Especialmente: Capítulo IV, crítica de la razón instrumental, pp. 465-493.

interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, nos debemos remontar a los votos concurrentes del distinguido académico Sergio García Ramírez, al afirmar lo siguiente.

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.²⁴⁸

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.²⁴⁹

²⁴⁸ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, Pág. 27.

²⁴⁹ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, Pág. 3.

Sin embargo, su reconocimiento formal por el Pleno de la CIDH sucede en el caso Almonacid Arellano (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 (29 de noviembre de 2006, considerando 173); Boyce vs. Barbados (20 de noviembre de 2007, considerando 78); Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (9 de mayo de 2008, considerando 63), Heliodoro Portugal (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1); Radilla Pacheco, (23 de noviembre de 2009, considerando 332); Manuel Cepeda Vargas (26 de mayo de 2010, considerando 208); Comunidad Indígena Xákmok Kásek (24 de agosto de 2010, considerando 311); Fernández Ortega (30 de agosto de 2010, considerando 237); Rosendo Cantú (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220); Ibsen Cárdenas y otro (1o. de septiembre de 2010, considerando 202); Velez Loor (23 de noviembre de 2010, considerando 287); Gomes Lund (24 de noviembre de 2010, considerando 176); y Cabrera García-Montiel Flores (26 de noviembre de 2010, considerando 225).

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 vulnera 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.²⁵⁰ 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 epígrafe, nos 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

²⁵⁰ La clasificación es del Dr. Pedro Sagüés: “El “control de convencionalidad” op. cit., p. 402; Ver: REY CANTOR, Ernesto, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México, Porrúa, 2008; GARCÍA MORELOS, Gumesindo, El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México, México, Ubijus, 2010.

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 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.²⁵¹

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.²⁵²

²⁵¹ Expediente Varios 912/2010. Pág. 32.

²⁵² CARPIO MARCOS, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, Palestra, Lima, 2004, p. 41 y ss.

La preferencia interpretativa se puede escindir de la siguiente manera. De favor libertatis, favor debilis, in dubio pro reo, in dubio pro actione, entre otros. El segundo principio es de preferencia de normas, el cual refiere que si se puede aplicar más de una norma al caso en particular, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. Los anteriores principios suelen ser relacionadas en el plano internacional, con los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente. Por otra parte, se encuentra el principio de posición preferente de los Derechos Fundamentales. En el cual, el intérprete se enfrenta a distintos derechos que entran en colisión. Como podemos observar, este principio tiene íntima relación con el juicio de ponderación, ya que en esta forma de razonamiento se extrae el contenido esencial del derecho fundamental y se establece una jerarquía de principios para resolver el caso en particular.

Finalmente, se encuentra la inaplicación o desapplicación 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-Gregor²⁵³, ahora Juez de la CIDH, quien ha emitido un voto razonado en el caso Montiel Flores, en el párrafo 66, de la citada resolución se puede leer (nótese que habla de un control difuso de convencionalidad y no de control de constitucionalidad difuso).

De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad...”²⁵⁴

²⁵³ MAC-GREGOR, Ferrer, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, en La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, UNAM-IJ, México, 2011, pp. 339-429.

²⁵⁴ 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.

Continúa en el párrafo 67,

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

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, es correcto el planteamiento de 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,²⁵⁵ por ejemplo en el sistema judicial español, donde los asuntos se remiten al Tribunal Constitucional, por tener mayores similitudes con el modelo mexicano, o a través de preguntas o cuestiones prioritarias de inconstitucionalidad, como lo propone el Doctor Francisco Tortolero Cervantes, inspirado en el sistema judicial francés, con óptimos resultados.²⁵⁶

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 constitucionales²⁵⁷, en materia del ejercicio

²⁵⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio "El control judicial interno de convencionalidad", op. cit., p. 152.

²⁵⁶ "El control constitucional local ante las nuevas exigencias de la convencionalidad", en *Judicatus*, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, Nuevo León, 2013.

²⁵⁷ 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

del control difuso de la constitucionalidad. La intención del legislador, tal y como se expresa en las exposiciones de motivos correspondientes, es brindar seguridad jurídica y certeza al proceso de aplicación de las normas relativas a derechos humanos, y no generar incertidumbre, a partir del criterio interpretativo de los jueces en cada región del país. Asimismo, evitar criterios fragmentarios y dispersos, que generen incertidumbre y caos en la generación de jurisprudencia.

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.²⁵⁸ 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 interno²⁵⁹, así como el jurista Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del caso Montiel Flores, al manifestar este último lo siguiente.

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

Se pone de ejemplo en la aplicación de lo que denomina control difuso de convencionalidad. Sin embargo, si leemos la sentencia aludida, en ningún momento el referido Tribunal desaplica algún precepto por estimar que éste vaya en contra de algún Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos.²⁶⁰ Lo único que hace el Tribunal mencionado es una definición

principales bancadas en el Senado de la República (PRI, PRD y PAN) con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 26 de Octubre de 2011.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ Nota al Pie 321, del caso Radilla Pacheco, cit.

²⁶⁰ Expediente disponible en:

<http://www.cif.gob.mx/reformas/boletin/0912/2.1%202011-TC01-AT-AD2008-1060.pdf> (Fecha de visita: 28 de Marzo de 2013, 18:05 horas).

sobre lo que considera que es el control de convencionalidad, así como sus posibles aplicaciones, pero en ningún momento hace una confrontación de una norma interna, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, solamente reenvía el caso al Tribunal a quo, para que éste se pronuncie sobre lo que había dejado de considerar en su fallo, al declararse no competente de conocer las violaciones relativas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶¹ Por otra parte, existen también otros pronunciamientos de relevante interés en la aplicación de las normas de derecho internacional,²⁶² así como la primera sentencia dictada en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, por el Magistrado Carlos Emilio Arenas Bátiz, en el Estado de Nuevo León.²⁶³

Desde el punto de vista hermenéutico, existen criterios no reconocidos directamente por la CIDH, sobre la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero que pueden ser de utilidad al momento de llevar a cabo la tarea de interpretación y argumentación jurídica por los jueces que ejerzan el control interno de convencionalidad.²⁶⁴

- 1) Identificar el derecho o libertad que se pretende proteger o interpretar en el catálogo contenido en los instrumentos interamericanos.
- 2) Identificar los casos (jurisprudencia) en los que la Corte Interamericana ya hizo una interpretación respecto al derecho o libertad que se pretende analizar, identificando la evolución o criterios que ha sostenido.
- 3) Comparar la semejanza fáctica entre los hechos del caso que se va a resolver y los del caso de que deriva la jurisprudencia en que se ha hecho la interpretación del derecho o libertad que nos interesa.
- 4) Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos.
- 5) Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana y que da como resultado la interpretación que más protege o menos restringe los derechos humanos.

²⁶¹ 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.

²⁶² 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.

²⁶³ Sentencia dictada para resolver el Toca de Apelación en Artículo 43/2011, de la Cuarta Sala Penal Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León.

²⁶⁴ El criterio en su integridad es tomado de Karlos Castilla, conforme al Caso Castañeda, resuelto por la CIDH. Caso Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos (6 de agosto de 2008). Pár. 170-172. "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco", op. cit., p. 619.

Si bien, este criterio es de índole bastante pragmático y se reducen a la aplicación de la jurisprudencia dentro de una de las fases del control interno de convencionalidad, consideramos imprescindible acudir a las reglas generales de la argumentación constitucional y de la teoría de los Derechos Fundamentales, para asignar y dotar de significado un derecho fundamental que se está tutelando, así como sus posibles colisiones con otros valores o principios, se requiere un adecuado manejo de la técnica de la ponderación y de la teoría principalista de los derechos.²⁶⁵ Recordemos que las normas de Derechos Fundamentales se encuentran en el plano de la indeterminación y cuestionan el ideal de certeza jurídica defendido por el positivismo jurídico decimonónico.²⁶⁶ Corrientes de la teoría constitucional moderna²⁶⁷, persiguen la realización de cláusulas valorativas o materiales, a través de un ejercicio moderado de la discrecionalidad judicial.²⁶⁸ De lo contrario, la labor del operador que active la “convencionalidad” se volverá vacía y repetidora de la jurisprudencia de la CIDH, tal y como se podría hacer igualmente con los precedentes de la Corte mexicana. De acuerdo al Profesor Caballero Ochoa, considero que deben ser puestas en relieve algunas cuestiones fundamentales, antes de comenzar a utilizar de manera indiscriminada estas herramientas interpretativas. No existe por ejemplo, pronunciamientos claros sobre la noción de contenido esencial, bloque de constitucionalidad, bloque de convencionalidad,²⁶⁹ 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

²⁶⁵ SIECKMANN, Jan-R, El modelo de los principios del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

²⁶⁶ DEL REAL, J. Alberto, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 131, UNAM-ILJ, México, 2011, p. 694.

²⁶⁷ DEL REAL, J. Alberto, Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.

²⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, El Constitucionalismo de los Derechos, Trotta, Madrid, 2013, p. 23.

²⁶⁹ CABALLERO OCHOA, José Luis, “Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona”, en La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, UNAM-ILJ, México, 2011, p. 132.

adopción de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos.²⁷⁰

Uno de los problemas más significativos es de índole pedagógica y de conocimiento. Los planes de estudio en nuestras Facultades de Derecho de la mayor parte del país, deben adaptarse a esta nueva necesidad, principalmente los de Derecho Constitucional y Derecho Internacional. Asimismo, es complejo cambiar de mentalidad jurídica a los operadores jurídicos actuales, que fueron educados desde el paradigma de supremacía constitucional y bajo el modelo de Estado de Derecho y prevalencia de las normas jurídicas internas. Un desafío compartido, que deberá ser traducido en beneficios concretos para el ciudadano común: mejor administración de justicia.

III. CRITERIOS PARA LA ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los principales problemas que se presenta a la teoría de los Derechos Fundamentales son los criterios para asignar un significado concreto. Definir previamente Derechos Fundamentales como la libertad de expresión, el derecho al honor, la intimidad, entre otros, resulta una labor titánica, si no se tiene en cuenta el contexto de los casos particulares. No es sencillo brindar conceptos a priori, y menos cuando se trata de normas de derecho fundamental tienen el más alto nivel de indeterminación y abstracción en el ordenamiento jurídico. La afirmación sobre la tesis de la incertidumbre del profesor de la Universidad de Oxford es muy clara al respecto: “la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses”.²⁷¹ 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. La indeterminación semántica, estructural y fáctica, son claros ejemplos de la necesidad de asignación de significado a los Derechos Fundamentales. El primer tipo de indeterminación, hace referencia a la inexistencia de un

²⁷⁰ Existe una Iniciativa de una de las bancadas más fuertes del Congreso que propone dar preferencia a la CPEUM, por encima de aquellos Tratados Internacionales que vayan en contra de la misma. Ver: Iniciativa que reforma el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del Grupo Parlamentario del PRI. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, año XVI, número 3679-II, jueves 3 de enero de 2013.

²⁷¹ HART, L. A., El concepto del derecho, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental. La indeterminación estructural con la univocidad del lenguaje de los derechos, mientras que la indeterminación fáctica tiene conexión con la realidad en la que debe quedar subsumida la norma de derecho fundamental.²⁷²

Por este motivo, las normas de Derechos Fundamentales deben ser dotadas de significado, en tal sentido, la interpretación que se haga de las mismas, no debe ser únicamente explicativa, sino rellenadora, lo que implica utilizar distintas herramientas que brinda la dogmática constitucional.²⁷³ Este proceso se denomina concreción, el cual se puede ser definido como, el acto por el cual “una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de la indeterminación de una disposición de derecho fundamental.”²⁷⁴ En tal sentido, las normas que contienen Derechos Fundamentales no pueden ser aplicadas como meras prescripciones, sino que deben ser concretadas en relación al caso en particular. Lo cual, implica alejarse de una visión formal a través de un método que tome en cuenta la realidad social en la que es aplicada una norma de derecho constitucional.²⁷⁵

De acuerdo a esto, es imprescindible el estudio de teorías que sean de utilidad para reducir el margen de imprecisión existente. Para lograr dicho propósito, se analizará la teoría discursiva de los Derechos Fundamentales del jurista Robert Alexy, para, en un primer acercamiento, señalar los elementos que contribuyen a reducir el grado de imprecisión normativa y ambigüedad. Asimismo, es necesario acudir a las concepciones interpretativas, en especial a Dworkin, y su dimensión principialista, de quien Robert Alexy retoma esta última idea para construir su teoría y aplicación de la ponderación en la solución de casos difíciles, donde están adscritas normas de Derechos Fundamentales.

²⁷² BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 321. J. C., GAVARA DE CARA, 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.

²⁷³ E. W. BÖCKENFÖRDE, “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.

²⁷⁴ K. HESSE, Escritos de Derecho Constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011, p. 40.

²⁷⁵ F. MÜLLER, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, [Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico], S. GÓMEZ DE ARTECHE, (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 267 y ss. Del mismo autor: “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 los siguientes epígrafes, llevaremos a cabo un estudio detallado sobre los procesos de asignación de significado de los Derechos Fundamentales desde el paradigma de la nueva hermenéutica jurídica. Para ello, en una primera fase, se realiza un análisis de la delimitación de los Derechos Fundamentales desde el punto de vista interno y externo. La primera teoría (interna), explica que los derechos tienen un contenido esencial, previo y predeterminado y no requieren de limitación de otros derechos o principios en conflicto, en síntesis, niegan la posibilidad de choques o colisiones entre los mismos. De otro lado, se encuentra la teoría externa, la cual admite la posibilidad de choques o colisiones entre derechos, es más, señala que la construcción y asignación de significado concreto depende directamente de las limitaciones que reciba de otros derechos o principios. Para ello, nos adherimos a la teoría externa, y esencialmente en el empleo del principio de proporcionalidad y la ponderación para asignar el contenido específico a cada derecho.

1. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y EXTERNO

La correcta fundamentación interna y externa es uno de los peldaños en los cuales se respalda la teoría de la argumentación jurídica. Las normas de derecho fundamental, entendidas como “un conjunto de proposiciones que prescriben el deber ser establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución” son parte de este entramado teórico en el cual se sustentan.²⁷⁶ Bernal Pulido, lleva a cabo una clasificación entre normas directamente estatuidas (significado literal de las normas en sentido prescriptivo) y normas adscritas de Derechos Fundamentales (se fundamentan en las normas directamente estatuidas y que guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional).²⁷⁷

Las mismas normas deben ser dotadas de significado, lo cual implica hacerlo por distintos medios. En tal sentido, las normas adscritas ostentan una relación directa con las normas directamente estatuidas, ya que, aquéllas, tienen su fundamento en éstas. Darle validez definitiva a una norma de

²⁷⁶ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos fundamentales, op. cit., p. 53

²⁷⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

derecho fundamental, implica asignar un significado concreto. Es decir, delimitar el contenido esencial del derecho o principio en cuestión, a partir de casos individuales. Los procesos de concreción pueden ocurrir de distintas formas. Uno de ellos es el criterio material de corrección en la fundamentación de las normas de derecho fundamental. Normalmente, el primero, sirve para configurar las normas directamente estatuidas, ya que se trata de razones de carácter axiológico, que ayudan a definir a través de una política legislativa, la función de determinado ordenamiento jurídico (teoría democrática, Estado Social, liberal, orden de valores). El otro, se trata del criterio estructural, éste consiste en la metodología a seguir para la fundamentación correcta de las normas, y resolver las colisiones entre las concepciones materiales de los Derechos Fundamentales.²⁷⁸ De acuerdo con lo sentado previamente, me encargaré en primer lugar, de explicar el criterio material de corrección de los Derechos Fundamentales, a partir del repaso breve las principales teorías que sustentan dicho criterio.

La teoría constitucional ha distinguido dos teorías en la restricción de los Derechos Fundamentales: la teoría interna y la externa. Conforme a la primera (interna), existe desde el principio el derecho con su contenido predeterminado, con sus límites concretos. Por tanto, cualquier medida que afecte a su contenido, resultará una restricción al mismo. Del otro lado, se encuentra la teoría externa, la cual presupone la existencia de objetivos jurídicos diversos. El contenido del derecho no puede ser definido *prima facie*, esta clasificación proviene del derecho civil, particularmente de la herencia del derecho romano. Un claro ejemplo de esta teoría externa, es la aplicación del principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional para concretar normas de derecho fundamental.²⁷⁹

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

²⁷⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, op. cit., p. 133.

²⁷⁹ BOROWSKI, Martín, La estructura de los derechos fundamentales, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 66 y ss.

a la realidad en que las mismas se vislumbran, de acuerdo con los casos concretos en los que actúan aquellas.²⁸⁰ En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas, debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas.²⁸¹

En este sentido, tanto la interpretación como la aplicación no pueden ser concebidos como fenómenos aislados. Es indispensable su conexión con la realidad material que regula. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La constante indeterminación y ambigüedad es una cualidad inherente a aquéllas. En este sentido, la normatividad de los Derechos Fundamentales no puede agotarse en el tradicional método interpretativo de las normas jurídicas ordinarias, de acuerdo a prescripciones cerradas y herméticas, sino que requieren de precisión al caso concreto. Por consiguiente, dos puntos que serán piedra angular de su teoría son: la concepción de que la norma general no puede predeterminedar 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).

1.1 LAS TEORÍAS MATERIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LIBERAL, INSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

Uno de los principales exponentes de la teoría interna de los Derechos Fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfgang Böckenförde, esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material.²⁸² Después de hacer un repaso sobre los principales métodos tradicionales de interpretación de la ley enunciados por Savigny (lógica, gramatical, histórica y sistemática), el autor alemán 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,

²⁸⁰ MÜLLER, Friedrich, Métodos de trabajo del derecho constitucional, op. cit., p. 283 y ss.

²⁸¹ 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.

²⁸² 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.

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.²⁸³ Después de hacer un repaso de las principales teorías que auxilian la concretización 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.²⁸⁴

De acuerdo a ello, el proceso de concreción de las normas Derechos Fundamentales viene aparejado con la concepción de una determinada teoría constitucional. 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.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 34-37.

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 de Alemania, al que le correspondió juzgar la constitucionalidad de dicha normativa.²⁸⁵ 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.

El propósito de este apartado es brindar algunas guías o directrices elementales que sirvan de fundamento a los criterios por medio de los cuales los tribunales constitucionales de mayor prestigio en el mundo han resuelto casos de gran complejidad, económica, política o social. Para ello, es necesaria una teoría de los Derechos Fundamentales, misma que puede ser definida como: “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los Derechos Fundamentales.”²⁸⁶ La primera se refiere, o se encontraría influida por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. Esta teoría logra su plena realización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto, en la imposición de límites o restricciones a los derechos.²⁸⁷ 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:²⁸⁸

²⁸⁵ BVerfGE 69, 1 (57-87)

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ LANDA, Cesar, “Teorías de la interpretación constitucional” en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Porrúa, México, 2002, p. 2819.

²⁸⁸ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 49.

1. El que los titulares de los Derechos Fundamentales hagan uso de su libertad, de derecho fundamental, así como los fines que motivos y fines que persigan es decisión y asunto suyo, es decir, no puede ser objeto de valoración jurídica.
2. El contenido nuclear o la sustancia de la libertad de los Derechos Fundamentales, conserva su carácter de contenido preexistente frente a las posibles y constitucionalmente admisibles medidas de intervención o delimitación de parte del legislador.
3. Las instituciones jurídicas presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental.
4. Finalmente se establece que al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de un derecho fundamental.

Por otra parte, la teoría institucional de los Derechos Fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Es decir, los derechos, bajo ésta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa. De esta manera, la libertad servirá para conseguir determinados objetivos y la actuación del Estado se ve reflejada en forma de regulaciones o sanciones. Entre las principales consecuencias jurídicas de esta teoría para la interpretación de los Derechos Fundamentales, destaca:²⁸⁹

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 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 política²⁹⁰. Asimismo, entre sus consecuencias destaca:

²⁸⁹ BÖCKENFÖRDE, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", op. cit., p. 53.

²⁹⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", op. cit., p. 60

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."²⁹¹

1.1.1 LA TEORÍA AXIOLÓGICA O DEL ORDEN DE VALORES

Finalmente, se encuentra la teoría axiológica o del orden de valores, proveniente de la teoría constitucional alemana durante 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.²⁹²

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

²⁹¹ BÖCKENFÖRDE, E. W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", op. cit., p. 63.

²⁹² HEGEL, G. W. F., "Filosofía del espíritu" en *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, México, 2004, pp. 344-346.

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:²⁹³

- 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.

En este contexto, refiriéndose a la Constitución de Weimar, el maestro alemán apuntaba: "los Derechos Fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resumen el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo."²⁹⁴ 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.²⁹⁵

²⁹³ 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)

²⁹⁴ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, op. cit., p. 212.

²⁹⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 298.

2. HERRAMIENTAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PARA LA ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO CONCRETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La vinculación entre los principios y los Derechos Fundamentales es ineludible hoy en día. Una de las mejores propuestas que ofrece una sólida sistematización es la del profesor de la Universidad de Bayreuth, Robert Alexy. Una de las propuestas centrales de su teoría, es la reconexión conceptual entre el derecho y moral, a partir de un positivismo corregido o moderado. Conforme a esto, 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, partiendo de una sencilla premisa: “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.”²⁹⁶

En este sentido, el filósofo del derecho ha replanteado la fórmula de Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto, a partir de su argumento de la corrección, relacionado intrínsecamente con la reconexión entre el derecho y la moral, a partir de su postura moderada o corregida. En esta fórmula podemos distinguir dos elementos caracterizadores. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otros términos: “la injusticia extrema, no es derecho”.²⁹⁷ 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.²⁹⁸

²⁹⁶ 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 Soderó y Pablo Rodríguez), Granada, Comares, 2005, p. 40.

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en La institucionalización de la justicia; op. cit., p. 45.

La teoría de la argumentación jurídica se basa 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.²⁹⁹ 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). A partir de esto, retoma la idea de fundamentación de las resoluciones judiciales, acorde a la clasificación realizada por Wroblewski.³⁰⁰

- 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 concepción de Constitución es a través de un orden marco. El juez goza de cierta discrecionalidad, con el propósito de completar e integrar el ordenamiento jurídico. Conforme a ello, existen distintos márgenes de acción para el legislador: el estructural y el epistémico. “El límite del margen de acción estructural está marcado por lo que está prohibido y lo ordenado en la Constitución, de manera que dentro de ese margen de acción se encuadra exactamente lo que se ha confiado a la discrecionalidad del legislador. Pues bien, ante un derecho fundamental, se dispone de dos tipos de márgenes: el sustantivo o estructural y el epistémico.”³⁰¹ Existen tres tipos de márgenes sustantivos.³⁰²

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.

²⁹⁹ PINTO FONTANILLO, José Antonio, La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p 389.

³⁰⁰ ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., p. 213.

³⁰¹ 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.

³⁰² ALEXY, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección” en La teoría principalista 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.

2) Fijación de fines. Éste surge cuando las normas de Derechos Fundamentales exigen la ejecución de conductas positivas, es decir, los deberes de protección.³⁰³

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.”³⁰⁴ El mismo 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.³⁰⁵ En condiciones ideales, el funcionamiento de la teoría de los márgenes no tiene dificultades, sino que éstas ocurren cuando los distintos medios que deben fomentar el fin de la norma, lo hacen a través de distintas formas, o en diversas intensidades. Al respecto, explica lo siguiente.

Quando 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.³⁰⁶

Antes de seguir, es importante explicar y distinguir el esquema argumentativo empleado por el autor alemán, compuesto de cuatro elementos básicos: la

³⁰³ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 19.

³⁰⁴ ALEXY, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, op. cit., p. 133.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 135.

³⁰⁶ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 18. 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 aquéllas que deben cumplirse o no, es decir, no admiten otra interpretación. Los principios por otra parte, son mandatos de optimización dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. En este sentido, es importante hablar de ellos cuando nos referimos al proceso hermenéutico por medio del cual asignamos un significado concreto y peso específico en casos donde se involucran Derechos Fundamentales.

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.

Dicho esto, se puede afirmar que las decisiones judiciales, no deben estar ancladas a simples operaciones mecánicas, lógicas de subsunción, sino que en la decisión de aquellos casos difíciles, donde es complejo asignar un significado concreto, es indispensable la valoración o sacrificio de derechos, en aras de optimizar otros.³⁰⁷ En razón de lo anterior, una de las herramientas que proponemos para la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales es la ponderación.

Existen varias razones por las cuales se establece esto, entre las que se encuentran: 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.³⁰⁸ Nos circunscribimos dentro de una posición crítica sobre la ponderación como criterio hermenéutico, en el sentido de concebirlo, no como la panacea de los operadores del derecho para acabar

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ 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.

con la indeterminación de los sistemas, sino como un instrumento más de la doctrina, para conseguir la racionalidad del proceso de justificación y motivación suficiente en las resoluciones judiciales.

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.³⁰⁹ Ahora bien, el concepto de objetividad no implica en ningún caso, la asimilación o equiparación a las ciencias exactas, sino que es la propia argumentación racional la que origina la objetividad, tan continuamente debatida en los círculos académicos.

Sobre este punto, se ha sostenido lo siguiente: "Que las cuestiones sean controvertidas no significa tampoco que la objetividad sea imposible. Si en un caso tenemos buenos argumentos para un lado y para otro, y el tribunal se decide por uno de los dos con buenos argumentos, entonces la decisión habrá sido tornada con objetividad, en el sentido de razonabilidad."³¹⁰ Por tal motivo, la seguridad se consigue a través de la racionalidad en sentido amplio, tomando en cuenta aspectos de la realidad e institucionales, combinando por consiguiente los niveles filosófico, político y jurídico. De ahí que se compagine con lo expuesto con antelación acerca de la relación entre el derecho y la moral.

2.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA ASIGNAR CONTENIDO ESENCIAL A LOS DERECHOS

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,

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ Entrevista a Robert Alexy, "Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy", en *La Ley (Actualidad)*, No. 4, Buenos Aires, 2008, p. 2.

podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas.³¹¹

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.³¹²

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, se planteó 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 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

³¹¹ BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-IJ, México, 2006 (2ª ed.), pp. 10 y 11.

³¹² 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.

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.³¹³ En América Latina, ha sido a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su implementación como una especie de un derecho común latinoamericano.³¹⁴

La teoría principialista de los Derechos Fundamentales ha sido uno de los elementos que ha tenido mayor incidencia para el desarrollo del principio de proporcionalidad, las objeciones y dilemas planteados a este método, se centran quizá en esta visión (según los críticos) un tanto “romántica” del constitucionalismo contemporáneo. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta forma, los conflictos entre principios no son resueltos a través de una simple subsunción, sino mediante el ejercicio de ponderación. Precisamente, la oposición en torno a esta concepción, se basa en la incapacidad del propio método “ponderativo” de racionalizar al extremo el proceso argumentativo.

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.³¹⁵

³¹³ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo, Dykinson, Madrid, 2008, p. 288.

³¹⁴ 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.

³¹⁵ 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.

- a) La ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente;
- b) También supone el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios que se trate;
- c) Para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto;
- d) La ponderación de los principios se funda, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de "justicia") del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente)... toda solución del conflicto vale sólo para el caso en concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

Se advierte que al final de su postura, lo que subyace es un desacuerdo en torno al empleo de esta herramienta por el juez al momento de asignar un significado concreto a cada principio. Lo anterior, debido a que en el siglo XXI, es precisamente el operador jurídico el principal protagonista de este giro epistemológico. El paradigma decimonónico de culto a la ley o respeto al principio legislativo, ha sido desplazado por el imperio de la Constitución, cuya interpretación recae en los jueces. Si bien, el derecho es indeterminado, la labor principal del operador jurídico hoy en día, es actualizar los contenidos constitucionales conforme a la realidad y contextos sociales determinados.

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 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. Hemos 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.

El principio de proporcionalidad, tiene su origen en el derecho de policía de Prusia, a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Posteriormente, alcanzó su consagración a partir del derecho administrativo alemán del siglo XIX.³¹⁶ Su desarrollo contemporáneo, inicia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con las primeras decisiones de dicho órgano jurisdiccional desde su creación en 1951. El modelo que sigo en este trabajo doctoral se adhiere al paradigma germano, hasta su pleno reconocimiento como canon para la limitación y restricción a los Derechos Fundamentales en 1995, por el Tribunal Constitucional Español.

Fue en esta fase, donde la proporcionalidad alcanza a consolidarse como instrumento indiscutible para la interpretación de los Derechos Fundamentales en el ámbito del derecho público europeo. De esta forma, "el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones

³¹⁶ BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit., pp. 44-46.

activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control.”³¹⁷ En este mismo sentido, Robert Alexy ha definido su ley de la ponderación de la siguiente forma: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.”³¹⁸

Cabe advertir que, a pesar de que los términos ponderación como proporcionalidad han sido tomados como sinónimos por algunos círculos de la comunidad académica ilustrada, se puede afirmar que esto no es totalmente cierto. En principio, etimológicamente proporcionalidad y ponderación no son lo mismo. Mientras que ponderación se refiere al equilibrio entre dos pesos; la proporcionalidad es la conformidad o proporción existente entre las partes con el todo de distintas cosas relacionadas entre sí,³¹⁹ el concepto de proporcionalidad tiene estrecha vinculación con las matemáticas en la Grecia antigua. Se puede afirmar incluso que este concepto ha estado también ligado al plano de otras disciplinas como la estética o la ética, evocando una idea de armonía u orden entre las cosas.³²⁰

Conforme a lo anterior, se puede concluir previamente que ni la proporcionalidad o la ponderación signifiquen lo mismo. La ponderación implica, como atinadamente lo señala el significado gramatical, y la doctrina jurídica, el balanceo o equilibrio entre dos pesos. Entonces, la ponderación significará la forma en que resuelven conflictos entre dos valores consagrados en el texto fundamental. Por ejemplo, el conflicto que pudiera surgir entre el derecho a la libertad de expresión de un periodista para publicar determinadas fotografías, ante el derecho que tiene una celebridad para que se respete su intimidad y éstas no sean publicadas. A ese tipo de conflictos, la doctrina y jurisprudencia constitucional los ha denominado colisiones entre valores o principios constitucionales.

Se puede afirmar entonces un concepto de ponderación en sentido amplio, entendido como el “procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre dos Derechos Fundamentales.

³¹⁷ MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, El control de proporcionalidad de la actividad administrativa, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 117.

³¹⁸ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 91.

³¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española.

³²⁰ SÁNCHEZ GIL, Rubén, El principio de proporcionalidad, UNAM-IJ, México, 2007, pp. 9-11.

Es decir, cuando se asigna a la ponderación este significado es más general, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es entendido como la medida de la ponderación.”³²¹ Es decir, como herramienta de la argumentación jurídica que emplea la epistemología de medios y fines para ejercer la ponderación a casos concretos. Lo anterior, lo sintetizaría de la siguiente forma.

(Sentido amplio)

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

(Sentido estricto)

La ponderación identificada como la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Especialmente en su última fase de confrontación de principios, y la medición de la intensidad en que se afecta un principio frente al otro.

En lo que respecta a esta investigación, haremos referencia al principio de proporcionalidad como instrumento para el control de las normas y actos de la autoridad, sometidos al escrutinio de la jurisdicción constitucional en México, especialmente, aquellos casos difíciles resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de Tribunal Constitucional.

Esta sección tiene la finalidad de identificar al principio de proporcionalidad como un canon de la argumentación jurídica, empleado por los operadores jurídicos, para justificar racionalmente casos difíciles donde se encuentran involucrados principios o valores constitucionales. En el contexto de análisis del principio de proporcionalidad, es necesario adherirse a una teoría relativa del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Los fundamentos de esta aserción, se detallarán 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

³²¹ BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit., p. 163.

parte del juez constitucional. Es decir, una concepción de límites a los límites de los Derechos Fundamentales.

Al respecto, es importante matizar sobre 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. Finalmente, se encuentra 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.

2.1.1 EL MODELO EUROPEO Y AMERICANO DE PROPORCIONALIDAD: DIFERENCIAS

Existen dos paradigmas que han influido en el principio de proporcionalidad: el continental europeo y el test de razonabilidad, éste último proveniente de la Corte Suprema Norteamericana, el cual nace de la interpretación de la cláusula del debido proceso, contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución de aquel país, y cuyo desarrollo se da a partir de la cláusula del principio de igualdad y los distintos test leve, medio e intenso que aplica aquel órgano jurisdiccional al momento de resolver cuestiones relativas a la aplicación de medidas de discriminación positiva. El test de razonabilidad no se puede identificar de manera plena con el principio de proporcionalidad, ya que su desarrollo es distinto y pertenece a una tradición jurídica diferente.³²²

Afirmaba antes que 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

³²² ALEINIKOFF, Alexander, El derecho constitucional en la era de la ponderación, Palestra, Lima, 2010, p. 15 y ss.

Magna, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan sin Tierra. Esta cláusula fue evolucionando en los distintos documentos constitucionales de aquella nación, y posteriormente exportada al derecho americano, plasmada por primera vez en la XIV enmienda de la Constitución norteamericana:

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Inicialmente la interpretación de esta enmienda fue estrictamente adjetiva, pero posteriormente dicha interpretación fue ampliada en 1869, cuando se afirmó que el debido proceso de la enmienda quinta restringía los poderes del Congreso no sólo respecto a los derechos procesales reconocidos por el common law, sino también a los derechos sustantivos (debido proceso sustantivo).³²³ 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.”³²⁴

Su desarrollo está relacionado con la aplicación de medidas de acción positiva, a favor de grupos socialmente desfavorecidos, como los afroamericanos, o las mujeres, por ejemplo. Es decir, aquellos donde los jueces se ven obligados a aplicar medidas que equilibren o pongan en igualdad de circunstancias a estos grupos frente a otros. Su aplicación en la jurisprudencia norteamericana tiene tres variantes leve, medio e intenso. La primera se aplica en aquellas situaciones relacionadas con las decisiones directamente vinculadas con el ámbito irreductible al legislador, tales como la intervención en la economía o los derechos sociales.

El grado de intensidad medio se refiere a aquello relacionado con la formación de la opinión pública, donde si bien, el aparato judicial no debe intervenir, con el propósito de que fluya la información en una sociedad

³²³ 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. 32 y ss.

³²⁴ Ibid., p. 59.

democrática, también debe ser cauteloso en aquella información u opiniones que tiendan a menoscabar el mismo principio democrático, por ejemplo grupos violentos o que inciten al odio.

Finalmente, el test intenso, se refiere a aquellas situaciones de riesgo relacionadas directamente con la discriminación de grupos que histórica y socialmente han sido desfavorecidos, como los afroamericanos, las mujeres, grupos minoritarios sexuales, entre otros. En este último caso, la jurisdicción constitucional debe ser cautelosa al momento de examinar la violación al principio de igualdad, inclusive en la misma doctrina se llega a debatir la posibilidad de cláusulas “sospechosas”, no tildadas de inconstitucionalidad, pero si de un examen más cuidadoso y concienzudo por parte del operador constitucional al momento de examinar la norma en cuestión.

2.2 PREMISAS PARA LA ACTIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este epígrafe me encargo de explicar las 3 fases o pasos que identifican el empleo normal del principio de proporcionalidad a un caso en concreto. No todos los casos donde se involucran Derechos Fundamentales pueden ser objeto de esta herramienta de la argumentación jurídica. Por lo que es necesario que el operador jurídico tenga los elementos necesarios para la correcta aplicación de este útil instrumento. Las fases están desarrolladas de acuerdo a tres sencillos pasos, cuya construcción doctrinal ha sido objeto de numerosos debates y construcciones teóricas, por lo que me enfocaré a realizar un esbozo de las corrientes principales o mayoritarias, explicando los elementos principales de las mismas.

En primer término, es indispensable que se trate de un caso difícil. La teoría jurídica contemporánea se ha ocupado sobre este extenso debate, a través de autores como Dworkin y Hart. Manuel Atienza ha añadido una clasificación más a esta tipología distinguiendo a los casos trágicos de estos últimos. El segundo paso consiste en la limitación o restricción a principios o valores constitucionales. En este apartado, detallaré en qué consisten dichas limitaciones o restricciones posibles para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Y sobre todo, explicaremos a detalle la distinción entre valores y principios desde la compleja realidad constitucional mexicana, propia de un constitucionalismo de reglas, por encima incluso de la visión principialista que pugnamos en el capítulo 1 de esta investigación. Por este motivo, me abocaré a explicar con algunos ejemplos los síntomas de estas contradicciones de la teoría constitucional en México. En la última parte, explicamos en qué consisten la colisión o enfrentamiento entre principios constitucionales, necesaria en la aplicación del principio de proporcionalidad. Para cumplir con este objetivo, detallaremos *prima facie*, la estructura y fundamento de esta herramienta, a partir del estudio de la técnica utilizada para la aplicación de cada uno de los subprincipios que intervienen en el mismo.

2.2.1 LA EXISTENCIA DE UN CASO DIFÍCIL DONDE SE INSCRIBA *PRIMA FACIE*, UNA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL

La ductilidad es una cualidad inherente al proceso interpretativo, debido a la vaguedad del lenguaje con la que están comúnmente elaboradas las normas de Derechos Fundamentales. En este sentido, cabe advertir que existe un margen de acción del legislador para desarrollar el contenido del derecho fundamental, respetando en todo momento los límites impuestos por el propio principio de reserva de ley y el contenido esencial o núcleo duro del derecho. En este sentido, la indeterminación de las normas *iusfundamentales* forman parte de este contexto, ya que la solución a los casos deriva finalmente de la decisión judicial, complementándose a través del empleo de las técnicas y procedimientos argumentativos correspondientes, tal y como sucede con la aplicación del principio de proporcionalidad. Sentado lo anterior, la primera premisa para activar el principio de proporcionalidad como instrumento de la teoría de la argumentación jurídica, es la existencia de un caso difícil de Derechos Fundamentales.

La teoría jurídica contemporánea ha distinguido entre casos fáciles y difíciles. Dicha tipología fue elaborada por el jurista inglés Hart, a partir de su tesis en torno a la textura abierta del derecho. Al respecto, el autor mencionado señala que, en los “clear cases”, casos fáciles (o claros),³²⁵ se refiere a aquellos en los que nítidamente puede advertirse si una regla puede ser aplicada o no a la realidad jurídica dada. Si bien, las reglas tienen aplicación de manera

³²⁵ Normalmente la traducción de este lenguaje jurídico es como casos fáciles.

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). El profesor Manuel Atienza ha insistido en esta última parte, al referirse a este tipo de casos donde es suficiente la aplicación de la lógica formal para la solución de los mismos. Si A, es B, entonces C, es decir, una simple relación de consecuencia jurídica y de métodos subsuntivos. Los casos fáciles, expresa el autor de la Universidad de Alicante, "son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo."³²⁶ 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."³²⁷ 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."³²⁸ 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."³²⁹ 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.

³²⁶ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 264. Del mismo autor: *Las razones del derecho*, IIJ-UNAM, op. cit., p. 133.

³²⁷ 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.

³²⁸ HART, *El concepto del derecho*, op. cit., p. 153.

³²⁹ *Ibid.*, p. 168.

Neil MacCormick ha creado una tipología en torno a la formulación de estos casos difíciles, argumentando los límites de la justificación deductiva, acorde a una serie de problemas relacionados con las premisas normativas y las premisas fácticas. Los de relevancia, interpretativos, de prueba y de calificación o hechos secundarios. Los primeros dos relacionados con la premisa normativa y los otros, con la premisa fáctica.³³⁰

- Los problemas de relevancia existen cuando hay dudas sobre la norma aplicable al caso en concreto.
- Los problemas de interpretación, surgen cuando existen dudas sobre cómo debe entenderse la norma o normas aplicables al caso.
- Los problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar, y
- Los problemas de calificación, se refieren a aquellos en los que existe duda sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.

Desde otra óptica, Pablo Navarro ha destacado una serie de elementos para considerar a un caso como difícil, retomando esta idea de diversos autores.³³¹

- 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

³³⁰ MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 140 y ss.

³³¹ NAVARRO, Pablo E., "Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho", en DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Num. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp. 252-253.

caso en concreto, cualquier opción sería acorde 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.³³²

El aspecto central de esta investigación se enfoca a los casos difíciles donde se involucran principios constitucionales. No obstante, aclaro que pueden existir igualmente, casos fáciles de Derechos Fundamentales y principios constitucionales, donde no se requiere de la aplicación del principio de proporcionalidad o ponderación de principios. Existen en la teoría constitucional mexicana razones de índole dogmático y pragmático para resolver explicar y distinguir entre los casos fáciles y difíciles de Derechos Fundamentales.

Las primeras se refieren a la aplicación estricta de las reglas contenidas en la propia Constitución o normas reglamentarias de la misma. Existen situaciones donde se trata de la aplicación de una regla contenida en la propia Constitución, ya sea que ésta contenga prohibiciones hacia el legislador o la autoridad, el caso de la prohibición pena de muerte, el plazo improrrogable de 72 horas para poner a disposición al inculcado ante un juez o dejarlo libre, o la orden de un juez federal para intervenir cualquier comunicación privada. Estos son solo algunos ejemplos en los cuales, la aplicación de normas de Derechos Fundamentales son obligatorias, ya que sean prohibitivas o bien, de simple aplicación. Las razones de índole pragmático se refieren a la sobre-regulación existente en la Constitución mexicana de los mismos Derechos Fundamentales. Esta sobre-regulación conduce a la existencia, en muchas ocasiones, de “casos fáciles” de Derechos Fundamentales, donde solo es necesaria la aplicación (un tanto detallada y compleja) de las reglas contenidas en dichas normas, pero que podrían conducir a problemas con efectos de “casos difíciles”. La adscripción *prima facie*, de una norma de derecho fundamental ha sido descrita previamente en los anteriores apartados. Esta fase de adscripción de la norma constitucional en cuestión, actúa siguiendo la lógica formal, subsumiendo las normas reglamentarias o

³³² LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y ponderación constitucional (En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini)”, 2012, en *Diritto e questioni pubbliche*, No. 5, Palermo, 2005, pp. 67-85. ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional (De nuevo sobre los casos trágicos)”, en *Isonomía* no. 6, Abril, México, 1997, pp. 7-30.

de desarrollo respectivas a la norma iusfundamental. El siguiente paso, trata de la existencia de intervenciones o restricciones a los derechos, donde es igualmente necesaria la lógica formal, a diferencia de los casos fáciles, el empleo del principio de proporcionalidad significa de alguna forma, la creación de una regla individual para un caso en particular.

2.2.2 QUE LIMITE O RESTRINGA PRINCIPIOS O VALORES CONSTITUCIONALES: INTERVENCIÓN EN EL CONTENIDO DE LA NORMA IUSFUNDAMENTAL

La teoría constitucional se ha ocupado de la distinción entre reglas, valores y principios. El derecho constitucional en la actualidad se ha vuelto sofisticado, por ende, uno de los propósitos es llevar a cabo una sólida estructura de fundamentación que auxilie al operador jurídico al momento de resolver problemas jurídicos. De ahí que no se puede prescindir de la teoría jurídica que ayude a comprender y distinguir el complejo entramado constitucional en el que se encuentran diariamente inmersos los operadores de este tipo de normas iusfundamentales. Otra de las premisas para la activación del principio de proporcionalidad es la existencia de límites o restricciones a principios o valores constitucionales.

Existen valores que también pueden tener el carácter de principios y viceversa, pero no todos los valores tienen el carácter de principios. Los valores pueden ser definidos como aquellas directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo. De acuerdo al filósofo del derecho Pérez Luño estos pueden ser clasificados conforme a los objetos o finalidades que persiguen cada uno de ellos.³³³

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

³³³ PÉREZ 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.

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

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

Ante la dimensión axiológica de las normas contenidas en la Constitución, se encuentra la visión de las reglas en los textos fundamentales. Estas pueden ser consideradas como aquellas "normas que sólo pueden ser cumplidas o no". Las mismas contienen determinaciones "en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible."³³⁴ 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."³³⁵ Finalmente se encuentran los principios, los cuales cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder.³³⁶ 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."³³⁷

El iusfilósofo Alexy ha definido a los principios como mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.³³⁸ 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.³³⁹ 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.³⁴⁰

³³⁴ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., p. 87.

³³⁵ Ibid., p. 118.

³³⁶ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, op. cit., p. 19.

³³⁷ Ibid., p. 20.

³³⁸ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., p. 86.

³³⁹ Ibid., pp. 111-112.

³⁴⁰ Ibid., pp. 167-169.

Recapitulando, las diferencias existentes entre los valores, reglas y principios las condense de la siguiente manera. Los valores son directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo. A su vez, éstos pueden ejercer una función fundamentadora, orientadora y/o crítica. A guisa de ejemplo, se puede hacer alusión a los valores que pugna la Constitución Española como valores superiores del ordenamiento jurídico en su artículo 1º: libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Como sucede en igual sentido en la Constitución mexicana, cuando define a la educación impartida por el Estado como democrática, al considerarla “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.” O bien, cuando se refiere al desarrollo de la carrera judicial, bajo los “principios” de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Si bien, se mencionan “principios”, de acuerdo a la clasificación teórica que hemos 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.³⁴¹

Las reglas configuran un supuesto en forma cerrada y no pueden someterse a gradualización alguna, es decir, se cumplen o no se cumplen.³⁴² Si bien las normas relativas a Derechos Fundamentales, deberían contener de inicio un principio, en la teoría y la práctica constitucional mexicana sucede una situación muy peculiar, ya que las Constituciones y las leyes reglamentarias de los artículos, se encuentran plagadas de abultadas reglamentaciones, donde los principios son extendidos y regulados, a tal grado de dificultar al operador

³⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Civitas, Madrid, 1986, pp. 18-

³⁴² TORRES ESTRADA, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México”, op. cit., pp. 234-240.

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 principalista, desmontando la tesis de una Ley Fundamental de mínimos, e invirtiéndola a una de máximos, en donde subyace la idea de una desconfianza de los pactos políticos, volviendo necesaria su reglamentación constitucional.

Un ejemplo paradigmático para el derecho mexicano es 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.³⁴³ 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.

Evidentemente que, cuando hablamos de la presunción de inocencia, estamos ante un principio constitucional. El cual, sin embargo, sufre distorsiones al momento de su aplicación. Basta citar la figura del arraigo consagrada también en la Constitución Federal en su artículo 16, en forma de regla, en la cual, si se cae bajo determinados supuestos jurídicos, puede tratarse de una detención física de una persona de 40 a 80 días, donde se le restringe su libertad personal, únicamente con el objeto de que la autoridad lleve a cabo labores de investigación, es decir, una medida cautelar en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad de la persona que se pretende imputar alguna clase de delito, o como se diría coloquialmente, primero detener, para luego investigar.

La teoría principalista nos aconsejaría aplicar el principio de presunción de inocencia en su máxima amplitud, a tal grado de no permitir ninguna

³⁴³ 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.

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.³⁴⁴

Sin embargo, en aquella ocasión donde el Tribunal Constitucional mexicano había declarado la inconstitucionalidad de una norma, lo hizo bajo el argumento de inferior jerarquía a la Constitución. Pero en esta ocasión, nos encontramos ante la problemática de dos normas de igual valor desde el punto de vista formal. Es decir, ante el choque de un principio (presunción de inocencia) y una regla constitucional, donde el operador se ve ante la disyuntiva de elegir dos normas (Ley Fundamental). Una que permite la optimización de la misma (principio presunción de inocencia); y otra, que exige ser aplicada en razón de la solicitud expresa del Ministerio Público Federal y ante los supuestos de crimen organizado³⁴⁵, necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, pudiéndose duplicar dicho periodo por otros 40 días.

Esto nos conduce a un gravísimo problema de interpretación y argumentación constitucional, que no es susceptible de ser resuelto ni por un ejercicio argumentativo a través del principio de proporcionalidad o la ponderación, ya que una norma declarada abiertamente inconstitucional, fue elevada a rango constitucional por el legislador, con el objeto de resolver el problema mismo de inconstitucionalidad de la norma, declarada por el propio Tribunal Constitucional. Existen algunos pronunciamientos sobre la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, como lo asentaba Otto Bachof.³⁴⁶ No obstante, en el presente caso nos encontramos una regla

³⁴⁴ [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.

³⁴⁵ 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.

³⁴⁶ Cfr. BACHOF, Otto, ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, Palestra, Lima, 2008.

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 sobre-regulación de los principios en el propio texto fundamental. Por ejemplo, se ha legislado a tal extremo en torno al principio de equidad en las campañas electorales, que se ha querido expresar que es permisible y no en una campaña, rayando en lo grotesco, al establecer en las propias normas constitucionales infracciones electorales a manera de un Código Electoral.

De acuerdo a lo anterior, existen principios constitucionales en la Constitución mexicana que han sido ampliamente detallados por el legislador, al extremo de convertir el texto fundamental en una especie de Código, donde prevalece la aplicación de reglas, por encima de la optimización de principios. A esto, se suma el problema de las Leyes Reglamentarias de las normas constitucionales, que si bien, no se admite expresamente que gozan de la misma jerarquía a las normas del texto fundamental, resulta imposible su impugnación por medio de recursos judiciales, como resulta ser la Ley de Amparo, es decir, en contra de la propia Ley que reglamenta el juicio para la protección de Derechos Humanos. En tal sentido, las leyes reglamentarias también se han convertido en una especie de extensión legislativa para la sobre-regulación de los principios constitucionales.

Comparto la idea de que las Leyes deben regular aquello no dispuesto por el legislador en la Ley Fundamental. Por ende, en principio podría resultar a primera vista saludable que una norma constitucional cuente con Leyes que

regulen lo no estipulado en las Cartas Constitucionales, al ser éstas de mínimos y no de contenidos máximos. Sin embargo, la práctica constitucional en México ha convertido este ejercicio en una especie de salida legislativa, para burlar el contenido esencial de ciertos Derechos Fundamentales, despojándolos de su necesaria protección. Reiteramos el ejemplo de la Ley de Amparo, cuando hace referencia a las causales de improcedencia y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existe todo un conjunto de interpretación sobre estas causales en donde no es admisible una demanda de amparo, que van desde simples formalidades indispensables como la firma, hasta cuestiones de fondo como el concepto de interés jurídico, que han volcado en una especie de salida fácil (inadmisión de demandas) para muchas pretensiones de colectivos que exigen sus derechos, y cuya respuesta por la autoridad judicial suele ser el desechamiento de sus demandas por no demostrar el interés jurídico. Cuando, ante una posible controversia de esta clase, el principio de tutela de justicia efectiva, en su vertiente pro actione, y acorde al derecho internacional de los derechos humanos, nos obliga a optimizarlo y flexibilizarlo, es decir, en caso de duda, debe admitirse la demanda, siendo favorable a los actores de la solicitud.

En tal sentido, no ha resultado sencillo explicar la activación del principio de proporcionalidad ante la presencia de un principio de índole constitucional o internacional (Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos) en el derecho mexicano. En este sentido, consideramos indispensable destacar un conjunto de elementos que nos pueden auxiliar para identificar la existencia de casos donde se limiten o restrinjan valores o principios. En primer lugar, no es posible optimizar reglas, aun cuando éstas tengan el carácter constitucional. Es decir, estas deben aplicarse o no, de acuerdo a las condiciones que exija determinado supuesto normativo. Lo que sí es posible, es llegar a la aplicación de determinada regla, conforme a una valoración de las premisas fácticas, y darnos cuenta si esa regla admite excepciones o no acorde a cada caso individual.

Ahora bien, un principio admite la optimización del mismo, a partir de las premisas fácticas y normativas del caso en concreto. La sobrerregulación de un principio ocasiona una aplicación estricta de los mismos y un estrecho margen para su aplicación, es decir, para su optimización, es cuando se acude

entonces a la reglamentación que se haga de los mismos en el propio texto fundamental. Los principios nos permiten entender los ordenamientos jurídicos en su conjunto y no de manera aislada. En tal sentido, cuando una regla se encuentre frente a un principio, y su aplicación sea contradictoria entre sí, deberá acudir a herramientas de la teoría jurídica como la interpretación conforme o el control de convencionalidad para dar cabida a las normas. En el siguiente epígrafe explicamos como sucede la colisión o enfrentamiento entre los principios constitucionales, como paso para la activación de esta herramienta argumentativa.

2.3 LA SOLUCIÓN A CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El empleo del principio de proporcionalidad como canon hermenéutico para la concreción de los Derechos Fundamentales goza de un gran prestigio en la jurisdicción constitucional e internacional. Su empleo se ha vuelto común en el derecho público común europeo y latinoamericano. Casi desde su nacimiento, el Tribunal Constitucional Español había aplicado 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.³⁴⁷ No obstante su aplicación por el Tribunal Español, éste ha sido objeto de innumerables concepciones, que lo han llevado a ser objeto de una cantidad considerable de mutaciones conceptuales (criterio, factor, regla, examen). Por su parte, en México, su empleo por la SCJN data apenas a principios del presente siglo (2003), con la solución a distintos casos en materia de igualdad y principio de razonabilidad.

Acorde a la doctrina y la jurisprudencia de mayor prestigio. El principio de proporcionalidad funciona a partir de tres fases escalonadas, conocidas como

³⁴⁷ 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 principalista 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.

subprincipios. La adecuación o idoneidad, la necesidad o alternatividad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que explicamos a continuación.³⁴⁸

1. El subprincipio de idoneidad o adecuación (Grundsatz der Geeignetheit). Significa que toda intervención en los Derechos Fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De esta forma, el referido subprincipio impone dos exigencias a toda medida de intervención en los Derechos Fundamentales: que tenga un fin constitucionalmente legítimo y que ésta sea idónea para favorecer su obtención. De igual forma, un fin será constitucionalmente legítimo cuando no esté prohibido de manera expresa por la Constitución³⁴⁹.

2. El subprincipio de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit). Ha recibido otras denominaciones entre las que se encuentran: subprincipio de indispensabilidad, subprincipio de medio más benigno, subprincipio de la intervención más restringida posible y como prohibición de exceso (Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichkeit Eingriffs, Übermaßsigverbot). Implica que toda medida de intervención en los Derechos Fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Es decir, implica la comparación adoptada por el legislador y otros medios alternativos. La elección de estos medios exige el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental.

3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne, o Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit). Significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa, de acuerdo a Bernal Pulido, sigue tres pasos:

³⁴⁸ BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit., p. 693 y ss.

³⁴⁹ De acuerdo a la estructura del test referido, la jurisprudencia mexicana descompone este subprincipio en dos: la finalidad constitucionalmente legítima y la idoneidad de la medida para conseguirla.

- 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.

Asimismo, este instrumento de la hermenéutica constitucional, ha recibido innumerables críticas, principalmente, aquellas relacionadas con el ámbito discrecional del que goza el juez constitucional al momento de evaluar las magnitudes concretas que intervienen en el proceso de ponderación de bienes. Habermas se encuentra también en desacuerdo con el empleo del principio de proporcionalidad, y con que éste, brinde una justificación racional a las decisiones judiciales. De acuerdo a Habermas, una teoría discursiva del derecho que pretenda enlazar la ética del discurso, debe distinguir entre la "pretensión normativa de validez de las reglas morales y la pretensión de legitimación de las normas jurídicas."³⁵⁰ 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

³⁵⁰ HABERMAS, Jürgen, Aclaraciones a la ética del discurso, Trotta, Madrid, 2000, p. 206.

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.³⁵¹

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.³⁵² 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 incommensurables.³⁵³ 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.³⁵⁴ 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.³⁵⁵

Otros incluso, han criticado que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los Derechos Fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Aunado a ello, manifiestan que existe un acuerdo pleno sobre el resultado. Acusan también a los Tribunales Constitucionales de sólo dar una apariencia de fundamentación a sus decisiones y brindar apariencia de legitimidad a un activismo judicial que resulta violatorio de las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria, entre otras cuestiones también relevantes.³⁵⁶

³⁵¹ 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.

³⁵² HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 331.

³⁵³ *Ibid.*, p. 332.

³⁵⁴ GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 86.

³⁵⁵ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 56.

³⁵⁶ Al respecto puede consultarse el interesante debate entre Juan Antonio García Amado, Prieto Sanchis 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.

2.3.1 SUBPRINCIPIO DE ADECUACIÓN O IDONEIDAD

Este subprincipio se presenta de la siguiente forma: el medio escogido por el Legislador para lograr el objetivo de la norma, debe ser idóneo y adecuado, es decir, perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. Esta acepción está compuesta de dos elementos: el fin y el medio. Para ello, es imprescindible analizar el fin de la ley que se pretende favorecer, así como el análisis de los medios para conseguirlo. En principio, un fin legítimo, será aquel que no vaya en contra de los principios consagrados en el texto constitucional, ya sea que se encuentre la prohibición de manera expresa en el texto fundamental, o se desprenda de algún criterio interpretativo del mismo.³⁵⁷ 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).”³⁵⁸

Para ilustrar lo anterior, ejemplificaremos 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 en pleno ruedo, 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 sigan reproduciendo en el noticiero de la noche, el video transmitido en vivo por un popular canal de Televisión, donde aparece el torero siendo intervenido por los médicos de la plaza de toros en la enfermería, argumentando que se viola el derecho a la intimidad de su familiar, además de causar un grave sufrimiento a la familia, ya que se difunden imágenes fuertes, con su familiar corneado por el toro, hasta el

³⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit., p. 704.

³⁵⁸ CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 39.

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.

De acuerdo con 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.³⁵⁹ Esta visión o modelo fuerte del principio de adecuación es bastante exigente, ya que en ocasiones, determinadas variables son desconocidas al momento de creación de la norma, escapando por consiguiente del proceso legislativo, y de las demás circunstancias e intereses de los afectados con la vulneración del derecho en cuestión, no solamente al momento de creación de la norma, sino durante toda la vigencia de aquélla.³⁶⁰

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"?"³⁶¹

Si después de un examen cuidadoso, el juez determina que la aplicación de la regla de la adecuación técnica, aún subsisten dudas sobre si el medio es o no adecuado de manera abstracta y general, debe pasarse a la siguiente fase o paso de la ponderación, que es la regla del medio alternativo menos gravoso (principio de necesidad o elección de medios alternos), para examinar la justificación a la restricción de los derechos invocados. Siguiendo con el ejemplo que ponía al principio de este epígrafe (torero), normalmente, el Estado no impone leyes que regulen de manera estricta o gravosa a la prensa, por lo que el medio o fin de informar deberá ser presumido de

³⁵⁹ CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad..., op. cit., p. 59 y ss.

³⁶⁰ CLÉRICO, Laura, "Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", en La teoría principalista de los derechos fundamentales, op. cit., pp. 169-206.

³⁶¹ CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, op. cit., p. 61 y ss.

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.³⁶² Es decir, si no existían otros medios o fines menos gravosos para el afectado para cumplir el fin de la norma, tal y como explicaré a continuación.

2.3.2 SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

El subprincipio de necesidad se formula de la siguiente manera. El medio establecido en la norma o el acto de autoridad es necesario, si el legislador no pudo elegir otro medio (si bien igualmente adecuado técnicamente), pero que podría haber limitado menos el derecho o principio constitucional afectado. Siguiendo la ley material de la ponderación elaborada por Alexy, esto tiene una explicación sencilla: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio”. Es decir, el legislador o la autoridad no pueden conseguir objetivos o fines de manera desproporcional o innecesaria, si existen medios alternativos menos gravosos para conseguirlo.³⁶³

Siguiendo con el ejemplo del epígrafe previo. El fin de informar, se pretende lograr a través de la difusión de un video en televisión pública nacional, donde aparece un torero siendo intervenido quirúrgicamente, en circunstancias extraordinarias, en la enfermería de la plaza de toros. Mientras que la familia, considera que la forma menos lesiva para informar al público aficionado, es a través de la difusión de la noticia, donde se indique que el torero se encontraba muy grave e inestable, pero no a través de la difusión de imágenes o videos grotescos, donde aparezcan las intervenciones quirúrgicas, aún cuando la difusión de imágenes haya sido motivo del seguimiento de la cornada en la plaza de toros (lugar público).

³⁶² ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en *Desafíos a la ponderación*, BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 11-49.

³⁶³ CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, op. cit., p. 114 y ss; BERNAL PULIDO, Carlos, “Corte Constitucional Legislador y Principio de Proporcionalidad”, en *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 47-76.

El medio informativo alega que el Estado no puede crear leyes que restrinjan la libertad de prensa, y menos de la manera en que deben informar al público sobre una noticia, y sobre todo, cuando se trata de un personaje de relevancia pública. De acuerdo con estos hechos y argumentos, el Estado debe decidir si la medida tomada por el medio de comunicación resulta lo suficientemente gravosa para el afectado y su familia, a tal grado de ser objeto de una indemnización económica por haber dañado gravemente su honor y lucrado con la desgracia de estas proporciones, ya que, acorde a este examen, existían medios alternativos menos gravosos para informar, que no dañaban el derecho a la intimidad y honor de la víctima y la familia.

Al respecto, pueden existir dos hipótesis. La primera, es que el ejercicio del derecho a informar, se encuentra al amparo del principio de libertad de expresión, y el Estado no debe coartarla, aún cuando resulte notoriamente desagradable para el público o la familia la difusión del video en cuestión, puesto que se trata, acorde a los hechos, de un video surgido de manera instantánea, acorde al seguimiento de los hechos desde la plaza de toros, donde fue corneado el torero, hasta la enfermería. Convirtiendo el lugar de los hechos finales en público, y donde se encontraba una multitud tratando de averiguar qué había sucedido exactamente y cómo se encontraba la víctima.

Una segunda hipótesis, nos indica que no debió seguirse la grabación cuando se encontraban en la enfermería, es decir, el medio para cumplir con el fin u objetivo del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, es abiertamente desproporcional. Por lo que bastaba con informar a los seguidores del torero en la prensa, que el mismo se encontraba bastante grave y difundir, incluso minuto a minuto, sobre su estado de salud, pero no de manera tan expresa y gráfica, tal y como sucedió.

Cada uno de las dos posibles soluciones tiene un planteamiento positivo y otro negativo. Una tercera opción, sería la que establece que ambas posturas (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.³⁶⁴

2.3.3 SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (PONDERACIÓN)

Alexy ha elaborado dos leyes para explicar la ponderación: ley material, y la ley epistémica. La primera es enunciada de la siguiente forma: "Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio". La segunda, de la siguiente manera: "Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención".³⁶⁵ 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.³⁶⁶ En esta medida, la interferencia en la realización de cada derecho en conflicto, no se debe afectar el contenido esencial los mismos. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa o el acto de autoridad en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Conforme a estas reglas, el primer paso conforme al ejemplo anterior (caso del torero), consiste en determinar que se trata del conflicto entre el derecho fundamental a la información (vertiente del derecho a la libertad de expresión) contra el derecho a la intimidad, cuya titularidad es ejercida por los familiares del torero, quienes se sienten perjudicados y afectados por la transmisión reiterada de una cadena de televisión sobre la cornada y posterior intervención quirúrgica de su familiar, en esta medida, su intimidad y honor ha sido afectado. El siguiente paso, radica en la necesidad de determinar la importancia de ambos bienes. En el caso en concreto, se tendría que llevar a cabo esta comparación a partir de la medida en cuestión, que resulta ser la

³⁶⁴ CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, op. cit., p. 120 y ss.

³⁶⁵ ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", en Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, pp. 349-372.

³⁶⁶ SCHAUER, Frederick, "Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico", en Desafíos a la ponderación, op. cit., pp. 51-77; MÖLLER, Kai, "Ponderación y estructura de los derechos constitucionales", en Desafíos a la ponderación, op. cit., pp. 79-113.

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, aún cuando se trate de un personaje de relevancia pública.

Es decir, en qué medida el contenido material de la información transmitida por la empresa de televisión ayuda a formar una opinión pública responsable y si la calidad de la información transmitida, no es únicamente por morbo (interés del público), en lugar de un afán verdaderamente de profesión periodística. Además se debe considerar seriamente, si el hecho de reproducir este tipo de videos, fomenta o no, la instrumentalización de una persona para la satisfacción de otras, en franca vulneración a su dignidad humana. Por ello, la relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, es decir, la imposición de una multa por concepto de daño moral a los familiares de la víctima (en protección de la intimidad y el honor), resulta no lesiva del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, sino afectada en menor medida, ya que se busca reparar la violación al derecho, a través de una indemnización económica, debido al afán de lucro, a través de la transmisión de estos videos, generó indudablemente un rating mayor al que cotidianamente se presenta en dicha televisora en días normales, y su transmisión excedió los límites de lo razonable, es decir, del ejercicio periodístico.

Cuando nos encontramos ante dos Derechos Fundamentales, de igual jerarquía y peso, no se pueden llevar a cabo ponderaciones en abstracto. De acuerdo con la teoría de Robert Alexy, la ponderación debe ser llevada a

cabo a través de procesos de concreción a partir de las distintas circunstancias en que se desenvuelve cada caso.³⁶⁷ 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.³⁶⁸ A partir de este análisis concienzudo que se lleve a cabo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinarse si la afectación a cada derecho resulta ser leve, intermedia o intensa.

En tal sentido, se puede concluir que la magnitud en la que es afectado el derecho a la información en el caso expuesto, resulta menor, en relación con el derecho a la intimidad del afectado, este mismo quedaría sin protección y anulado, si no se protegiese lo más íntimo, así como su dignidad, de no ser considerado como un simple instrumento de entretenimiento, ya que sus últimos momentos de agonía (torero), fueron expuestos públicamente, en reiteradas ocasiones, después de haber informado a los televidentes sobre lo que sucedía. De tal manera, que la afectación a su familia, por el dolor causado con su muerte (honor), además del alcance nacional que tuvo la noticia, la rapidez con la que se propagó la noticia y su duración, ocasionó una afectación que puede ser calificada de intensa, en relación con la afectación leve que pudiese sufrir la condena a la empresa de televisión al pagar la multa a los familiares.

³⁶⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, Conflictos constitucionales, ponderación judicial e indeterminación normativa, Marcial Pons, adrid, 2011.

³⁶⁸ BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit., p. 791.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO II

La ponderación: el caso del niño Marcos

El día 3 de septiembre de 1994 Marcos, un niño de 13 años que vivía con sus padres, tuvo una caída con su bicicleta a la que no dieron mayor importancia. Cinco días después, el 8 de septiembre, tras sangrar por la nariz en varias ocasiones, fue llevado por su madre al médico que aconsejó su ingreso en el Hospital. Después de las pruebas y ante el alto riesgo de fuertes hemorragias, los médicos prescribieron una transfusión de sangre. En ese momento los padres del menor manifestaron educadamente que su religión, la de los testigos de Jehová, les prohibía el uso de transfusiones y preguntaron si existía algún tratamiento alternativo.

Los médicos afirmaron que ellos no conocían ningún tratamiento alternativo, por lo que se negaron a conceder el alta voluntaria que los padres solicitaban, y se dirigieron a un Juzgado para que autorizara la transfusión. Los padres, a pesar de no compartir la decisión judicial, la acataron y no hicieron nada para impedir la transfusión. Marcos (el niño) de trece años, que profesaba la misma religión que sus padres, rechazó con auténtico terror la intervención, reaccionando con gran excitación y violencia que los médicos estimaron muy peligrosas, pues podían precipitar una hemorragia cerebral. Fracasados sus intentos de convencer al menor, el personal sanitario del Hospital solicitó a los padres que trataran de convencer a Marcos, a lo que los padres se negaron arguyendo que ellos, como Marcos, pensaban que Dios no autorizaba las transfusiones de sangre ni en los casos de peligro para la vida.

Una vez que los médicos desestimaron el uso de algún procedimiento anestésico por razones médicas, al final el Hospital accedió a otorgar el alta voluntaria para que los padres buscaran algún tratamiento alternativo en otro lugar. Regresaron a su domicilio y tres días después lo trasladaron a varios hospitales, donde les reiteraron la necesidad de la transfusión, pero ninguno de dichos hospitales, dada la expresa oposición de Marcos y sus padres, tomó la decisión de intentar llevarla a cabo. Regresaron a su domicilio, en el cual el menor contó solamente con la asistencia del médico titular, hasta que el día 14 de septiembre el Juzgado dispuso mediante Auto, a la vista de que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, la autorización para la entrada en el domicilio del menor con el fin de que le fueran realizados los tratamientos médicos que precisaba, es decir, una transfusión de sangre.

Marcos fue trasladado en ambulancia primero a un Hospital y después otro, al que llegó con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre en el último Hospital. Los padres de Marcos fueron acusados del delito de homicidio, del que fueron absueltos por sentencia en primera instancia, el 20 de noviembre de 1996.

El Tribunal Supremo (segunda instancia) anuló dicha sentencia y les condenó, por sentencia de 27 de junio de 1997, por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes. Los condenados interpusieron amparo contra sentencia condenatoria.

1. De acuerdo con lo expuesto en este capítulo. Indica la posible técnica de solución para el conflicto que se presenta en el Caso del niño “Marcos”.
2. Identifica el sujeto pasivo, el sujeto activo y el objeto del derecho o Derechos Fundamentales vulnerados o afectados que han sido objeto del juicio de amparo promovido por los padres del niño
3. Identifica quien o quienes son los titulares del ejercicio del derecho o derechos vulnerados
4. ¿Qué derechos o principios se encuentran en conflicto?
5. En el caso en particular, ¿es posible sacrificar un principio sin que el otro se afecte por completo en su esencia?
6. Fundamenta y motiva tu decisión con base en alguna de las técnicas descritas en el presente capítulo
7. Indica que señala la CIDH sobre el interés superior del menor, así como la SCJN, en relación con el deber de cuidado de los padres sobre los hijos.
8. ¿Existe un derecho fundamental de los padres de educar a los hijos respecto a una religión en particular?
9. ¿Las circuncisiones practicadas por las religiones judías o musulmanas son violatorias de los derechos del niño, dado que constituyen una lesión, o forman parte del derecho a la libertad religiosa, aún cuando no se cuente con la autorización del menor? ¿Es posible ponderar los bienes en conflicto?
10. ¿Es posible que los derechos culturales a través del ejercicio de un ritual tradicional (circuncisión) tengan mayor valor que la integridad física del niño, interés superior del menor y derechos del niño?

SEGUNDA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: LA DIGNIDAD HUMANA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

La dignidad se concibe como un presupuesto constitucional fundamental que tiene todo ser humano para conservar y desarrollar su personalidad física y psíquica con plena integridad. La dignidad constituye un presupuesto, una premisa, un atributo de la persona humana que los poderes públicos y el resto de los individuos han de respetar sin poder atentar contra ella perpetrando cualquier tipo de conducta que tienda a dañar la condición humana. Por tanto, la dignidad expresa un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible que expresa la necesidad de todo ser humano de desarrollarse y conservarse plenamente.³⁶⁹ La defensa de la dignidad es fundamental en cualquier ordenamiento jurídico. Su referencia se realiza en función de la necesidad de que los individuos consigo mismos como los gobiernos y Estados garanticen la posibilidad de cada persona humana el desarrollo integro y pleno de su vida.

Históricamente, con el pensamiento estoico apareció cierta idea de igualdad y dignidad humana entre todos los seres humanos dotados de naturaleza racional común. No obstante, el concepto y valor de persona, tal como nosotros lo concebimos, se incorpora a nuestra cultura a partir de la tradición judeo-cristiana, una tradición profética-sapiencial que constituye el núcleo importante de nuestra cultura occidental. La extensión y expansión del cristianismo en el periodo romano propició una condena de la esclavitud como mecanismo de dominación nefasto y antihumano. El cristianismo pasó de ser una secta herética a constituirse en la religión oficial del Imperio lo que permitió que se adoptase su concepción del mundo y del ser humano.

³⁶⁹ Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; PÉREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los derechos humanos en Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979; PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías en Derechos y libertades", en *Derechos y libertades*, n. 5, 1995.

La historia de la palabra latina *persona* (la *dramatis personae*) correspondían a las palabras griegas, la máscara desempeñaba dos funciones distintas: ocultar, o mejor, reemplazar la cara y el semblante del actor, fue en este doble sentido de una máscara que hace razonar la voz cómo la palabra *persona* se convirtió en una metáfora y se trasladó al lenguaje del teatro a la terminología legal. La distinción romana entre individuo y ciudadano consistía en que era una persona, tenía personalidad legal, si el Derecho le hubiera asignado el papel que se esperaba desempeñarse en la escena pública. Es una persona, titular de derechos y deberes, creada por el Derecho, al que se presenta ante la ley.³⁷⁰

En la concepción del judaísmo y cristianismo, los seres humanos hemos sido creados por Dios a imagen y semejanza suya. Esta concepción antropológica amplía el horizonte estoico de “naturaleza común racional”, si bien todavía no se utiliza la palabra *persona*. Con el cristianismo, el concepto de persona hace su irrupción en la historia: todos los seres humanos somos personas. En la Epístola a los Gálatas de San Pablo se afirma: “Por la fe de Cristo Jesús todos somos hijos de Dios... Ya no hay más judío ni griego, esclavo o libre, varón o hembra: todos somos uno en Cristo Jesús.”³⁷¹ El concepto de igualdad como personas por su valor intrínseco adquiere un amplio desarrollo que fundamentará nuestra tradición política y jurídica occidental.

A lo largo de la Historia del Pensamiento surgen distintas concepciones de dignidad humana; pero la concepción kantiana ocupa un lugar privilegiado por su gran impacto e influencia en la filosofía política y moral de la Ilustración hasta nuestros días. En consecuencia, la concepción cristiana de dignidad humana se mantiene prácticamente igual hasta el siglo XVIII, cuando es reformulada por Immanuel Kant desde una visión secular, la persona es fin en sí misma, dado que es un ser autónomo (capaz de darse a sí mismo normas morales); porque las personas somos autónomas y, por tanto, fines en sí mismas y dignas de respecto, es posible que la razón encuentre en la ética un imperativo moral incondicionado, es decir, cumplido por todos, si queremos que nuestra conducta sea moral. Kant enuncia esta norma en el valor absoluto

³⁷⁰ Vid. ARENDT, Hannah, Pág. 141 La raíz etimológica de *persona* parece derivar de *per-zonare*, del griego que significaría originalmente “disfraz”, la palabra tenía para los oídos de los latinos el significado de *per-sonare* “sonar a través de”, de donde en Roma la voz que sonaba a través de la máscara era sin duda la voz de los antepasados, más que la del actor mismo.

³⁷¹ Vid., Pablo de Tarso, Epístola a los Gálatas, 3, 26-29. (Evangelio Nuevo)

de todas y cada una de las personas en su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: Obra de tal modo que trates 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.³⁷²

La respuesta de Kant es clara y contundente: los seres humanos no tienen precio, no son un medio o instrumento para nadie, no pueden intercambiarse por un equivalente, sino que tienen dignidad. El filósofo de Königsberg concibe la humanidad como un conjunto de facultades propias exclusivas de los seres humanos, facultades que son por un lado, morales y por otro lado intelectuales. Las primeras facultades nos permiten desarrollar el sentido moral de justicia y respeto, es decir, una buena voluntad y el carácter moral. Las segundas facultades nos permiten desarrollar la cultura como cultivo y crecimiento del sujeto humano. En Kant, podemos observar que el valor de dignidad reside en la capacidad racional que tenemos como agentes y sujetos humanos para establecer fines, es decir, por desarrollar la razón práctica, una diferencia fundamental respecto a otros seres vivos o a cualquier objeto u cosa. Por esta razón, la dignidad o humanidad que reside en el hombre es un valor incondicional, enajenable y absoluto, pues el ser humano que posee esta propiedad no puede ser sustituido por otro, ni puede ser evaluado a través de un precio, ni utilizado como mercancía. Las personas como agentes morales no son mercancías, ni pueden ser intercambiables.

Durante el siglo XX, algunas ideologías totalitarias autorizaron a los hombres a torturar y exterminar masivamente a millones de otros seres humanos en función de un progreso de la humanidad. La idea de humanidad sirvió para justificar los actos más viles y atroces. Según la ideología nazi, determinados hombres, los esclavos y algunos disidentes eran “sub-hombres” y, otros como los judíos eran “no-hombres”, es decir, no pertenecían a la especie humana. El filósofo alemán Adorno escribió: “En los campos de concentración, ya no era el individuo el que moría sino el ejemplar”.

El impacto que tiene el modo de pensamiento sobre la realidad es total, y podemos verlo en las formas de pensamiento racial o de discriminación sobre determinadas minorías. “Para los serbios, los musulmanes bosnios ya no son

³⁷² Vid. KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, (trad. Cast. A. Cortina y J. Conill), Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 96.

humanos” según el informe sobre los conflictos en Bosnia citado por Richard Rorty. “Los serbios pensaban que actuaban en interés de la verdadera humanidad al depurar el mundo de esta pseudo-humanidad bosnia.” Este genocidio tuvo lugar en el seno de Europa entre 1992-1995. Esta ideología de depuración étnica permitió la muerte de 300,000 personas. Por ende, la dignidad no es una propiedad que tenga un valor relativo, sino un valor interno o intrínseco, en el sentido de que no depende de hechos contingentes o relativos, sino que es incondicional. Los seres humanos en cuanto agentes con razón práctica que proyectan fines y objetivos sobre su vida tienen dignidad, es decir, poseen un valor en sí mismos que les otorga un estatus especial como personas y agentes morales en cuanto al posible trato que se les debe dar.

La vida en sociedad significa la necesidad de mirarse en los otros y querer ser mirado uno mismo, pues la estima personal y pública tiene un precio. Nadie puede llegar a quererse a sí mismo, a autoestimarse, si es continuamente despreciado o maltratado. El autorespeto o autoestima constituye un aspecto importante y decisivo para el desarrollo de nuestra personalidad. Las personas que no sienten su propio valor o este no es reconocido por el resto de la sociedad son precisamente las que reconocen lo indispensable y fundamental que es el respecto humano.

El hombre a lo largo de la historia ha ido afirmando su propia dignidad, a partir de exigencias de libertad e igualdad donde, indudablemente se derivan los derechos humanos. Esta categoría histórica de la dignidad humana muestra la convicción de que el ser humano no puede ser usado como puro medio, instrumento u objeto. Históricamente, podemos reconocer que la esclavitud fue una práctica generalizada muy normal en otras épocas, culturas y sociedades así como la subordinación histórica de la mujer al hombre desde nuestra larga herencia patriarcal judeo-cristiana; pero, indudablemente, nos encontramos en un nuevo contexto donde surgen nuevos derechos, nuevas sensibilidades, nuevas demandas que deben renovar nuestra sociedad hacia fórmulas más democráticas, igualitarias, abiertas y tolerantes. Sin embargo, uno de los problemas más recurrentes surge al momento de encontrar una definición adecuada sobre la dignidad de la persona humana, ya que en éste

confluyen tradiciones tanto cristianas como iusnaturalistas, ya sean de corte racionalista o medieval.³⁷³

Inclusive, algunas reinterpretaciones en torno al concepto de la dignidad advierten sobre la fundamentación de los derechos humanos desde una postura neotomista. El profesor Mauricio Beuchot forma parte de esta línea de pensamiento. El citado filósofo asevera que “los derechos humanos corresponden (en parte, pero tipificable) a los derechos naturales de tradición tomista”.³⁷⁴ La idea de dignidad humana conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino, fue puesta en práctica, según Beuchot, por Fray Francisco de Vitoria,³⁷⁵ fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso Vera de la Cruz. Incluso en la modernidad, uno de los padres de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, filósofo tomista por convicción, Jacques Maritain, quien sostenía.

El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural [...] En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sean con fines conservadores, sea con fines revolucionarios han abusado a tal punto de la noción de ley natural, la han invocado de manera simplista y arbitraria, que es difícil emplear hoy esta expresión sin despertar la desconfianza y la sospecha de muchos de nuestros contemporáneos.³⁷⁶

A pesar del continuo empleo del término de dignidad de la persona a partir de las más variadas posiciones,³⁷⁷ en la actualidad, debemos relacionar a la dignidad humana, como bien lo asevera el profesor Peces-Barba, “con los fines y contenidos de la ética pública como fundamento de la norma básica material y los valores de la ética pública política como la libertad, seguridad y

³⁷³ 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.

³⁷⁴ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, Filosofía y derechos humanos (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica), Siglo XXI, México, 2004, p. 162.

³⁷⁵ Vid. VITORIA, Francisco, Derecho natural y de gentes, título original: Relectiones theologiae, R. P. Fr. Franciscini Victorae, Emecé Editores, Buenos Aires, 1946, pp. 160-161.

³⁷⁶ MARITAIN, Jacques, “Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura” en La defensa de la persona humana, MARITAIN, Jacques, DUHAMEL, Georges, MARITAIN, Jacques y OKINCZYK, Joseph coord., traducción de Juan miguel palacios, Ediciones Stvium de Cultura, Buenos Aires, 1949, pp. 37-63.

³⁷⁷ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La dignidad de la persona” en Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 19 y ss.

solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema.³⁷⁸

Asimismo, otra propuesta es la del alemán Peter Häberle, quien desarrolla la idea de la dignidad humana como premisa antropológica-cultural de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo.³⁷⁹ El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “dignidad humana”, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal.

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

I. LA DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO A LA PERSONALIDAD ¿PRINCIPIOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?

Conforme a la doctrina alemana, la dignidad humana tiene dos vertientes: las que sí consideran que puede ser un derecho fundamental y los que piensan que únicamente es un principio del cual derivan el resto de los derechos del ordenamiento jurídico.³⁸⁰ Una postura intermedia, la sostiene el célebre y distinguido profesor de la Universidad de Friburg y Expresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ernst Benda, cuando rechaza tanto las

³⁷⁸ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid España, Edición (2 ed. ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003, p. 77.

³⁷⁹ HÄBERLE, Peter, El Estado constitucional, (trad. Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 169.

³⁸⁰ GUTIÉRREZ, Ignacio, Dignidad de la persona y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 91.

concepciones individualistas del liberalismo clásico como las colectivistas, buscando una línea intermedia, señalando: “no existe fórmula alguna disponible y con validez general para superar el conflicto entre individuo y comunidad. Habrá que decidir caso por caso cuál de las decisiones políticas posibles resulta asumible para el ciudadano.”³⁸¹

Por otra parte, libre desarrollo a la personalidad guarda íntima relación con la dignidad humana. Ésta tiene su origen en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, cuando se enunciaba que todo ser humano posee el derecho innato a la “búsqueda de la felicidad”. En el marco del Estado Constitucional resulta difícil precisar que a una persona se le pueda atribuir un derecho a la felicidad, sin embargo, este principio ha servido de fundamento y soporte a otros Derechos Fundamentales.³⁸² Tal es el caso de los difíciles conflictos que se presentan, por ejemplo, con los derechos a la libertad sexual de la mujer, la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, etc.), entre otros. Cabe reiterar que este principio nos ayudará a dilucidar con mayor claridad la tesis acerca de que la interpretación y argumentación en materia de Derechos Fundamentales son necesarias e indispensables en el contexto de la sociedad moderna, ya que existen ciertos derechos que por la naturaleza y dinámica de los cambios tecnológicos no habían sido estipulados o consagrados por los textos constitucionales de manera expresa, esto sucede con los derechos a la imagen, al honor, a la intimidad y la protección de datos personales.

En el apartado del derecho a la libertad persona, haremos referencia a los dos tipos de libertades (positiva y negativa) realizada desde la filosofía política. Por último, como refiere el profesor Carlos Bernal Pulido, el libre desarrollo de la personalidad no debe ser entendido en un sentido perfeccionista, sino como un ámbito reservado al individuo para la toma de decisiones vitales. Agregando lo que la jurisprudencia colombiana ha señalado al respecto. “No corresponde al Estado, ni a la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos

³⁸¹ BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en VV. AA. Manual de Derecho Constitucional (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 119.

³⁸² 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.

de realización personal.”³⁸³ Uno de los primeros textos constitucionales en consagrar de manera expresa la dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad fue la Ley Fundamental de Bonn de 1948, la cual refiere en distintos artículos lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que: el trato que los poderes públicos le otorguen a los seres humanos en cumplimiento de una ley que afecta la dignidad humana, debe ser considerado como un detrimento de los valores de que goza el ser humano por el hecho de ser persona.³⁸⁴

De esta manera, la dignidad de la persona no sirve únicamente para aglutinar determinados Derechos Fundamentales, sino para dotarles de mayor peso en el momento de su ulterior ponderación. En algunas ocasiones, la privatización de la dignidad de la persona corre el riesgo de convertirla en un bien patrimonial, cuando conduce a enjuiciar con arreglo a la dignidad el alcance

³⁸³ 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.

³⁸⁴ Sentencia de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 1970 en la audiencia de 7 de julio de 1970 -2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69-, SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 16-17.

de las indemnizaciones civiles. En primer término, al conceptualizar el derecho al libre desarrollo a la personalidad, el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha destacado lo siguiente:

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

[...]

b)... con el libre desarrollo de la personalidad se garantiza la libertad general de actuar, que – en la medida que no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres [...] el ordenamiento legal general, que tiene que acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y que por tanto también tendrá que ser un orden legal constitucional.³⁸⁵

De igual forma, la interpretación constitucional de estos dos principios, por el Tribunal Constitucional Español ha sido también muy abundante en su calidad argumentativa. En cuanto a la fórmula de no instrumentalización (objektformel), íntimamente relacionada con el imperativo categórico kantiano, ha sido ampliamente desarrollada por el referido Tribunal conforme a los siguientes criterios³⁸⁶:

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

³⁸⁵ Sentencia de la Sala Primera de 16 de enero de 1957, BvR 253/56, SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, op. cit., pp. 20-22.

³⁸⁶ Ibid., p. 97.

- ⊙ En el mismo sentido, la persona es convertida en mero objeto en los casos de agresión o acoso sexual (SSTC 53/1985 y 224/1999).
- ⊙ La dignidad impone que la asunción de compromisos u obligaciones tenga en cuenta la voluntad del sujeto, al menos cuando son de peculiar transcendencia, 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).

De esta forma, la fórmula de no instrumentalización del hombre coincide perfectamente con el imperativo categórico kantiano ya referido. Así, dicha concepción no impone operar con una concepción idealizada del hombre como ser racional, de modo que los casos concretos de violaciones a la dignidad deberían de ser tratados no a partir de la concreta dignidad del individuo afectado, sino de consideraciones generales, sobre las potencialidades del hombre y sobre su especie.³⁸⁷

Tanto la dignidad humana como el libre desarrollo a la personalidad son principios que se encuentran intrínsecamente relacionados.³⁸⁸ Por una parte, el libre desarrollo a la personalidad ha servido para ampliar e incluso crear nuevos derechos, tal es el caso del derecho a la intimidad personal y familiar,³⁸⁹ o el caso de los derechos difusos o colectivos.³⁹⁰

Concluimos, que la dignidad humana debe ser considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico, así como un principio fundamental del Estado Constitucional, al igual que un derecho fundamental, sin el cual, no podrían tener sentido el resto de los Derechos Fundamentales.

³⁸⁷ GUTIÉRREZ, Ignacio, Dignidad de la persona y derechos fundamentales, op. cit., p. 31.

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ Sentencia TCE: 64/1986. Sentencia de recurso de inconstitucionalidad 290/2000

³⁹⁰ Sentencia de recurso de amparo 16/2004; 119/2001. Sentencia de recurso de amparo 94/1999.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO PREMISA CONSTITUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO

La dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad no han sido principios que hayan sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia mexicana. Sin embargo, de manera inicial fueron analizados por el PJF, mediante distintas resoluciones, entre las que se encuentran.³⁹¹

- ◆ 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);³⁹²
- ◆ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 23 de mayo de 2007, en el amparo directo en revisión 402/2007;³⁹³
- ◆ 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 el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada el 2 de octubre de 2007 en el amparo en revisión 723/2007, también se invoca la dignidad humana pero se resuelve con base en la garantía de audiencia.

³⁹¹ DIAZ ROMERO, Juan Díaz, El principio de la dignidad humana y su repercusión en la constitución de los estados unidos mexicanos, Conferencia magistral del Primer Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 16 de mayo, 2008.

³⁹² La sentencia está fundamentada con el principio de igualdad y no discriminación de una caso con los sustitutos de la pena de prisión y los beneficios de la condena condicional.

³⁹³ Dicha resolución versó sobre la Ley de imprenta y la colisión entre el derecho a la libertad de imprenta y los derechos a la intimidad y la vida privada. Existió un voto disidente del ministro José Ramón Cossío.

No obstante, estos principios y valores fundamentales tuvieron apenas su consolidación de manera explícita hasta bien entrado este nuevo siglo, en la jurisprudencia del PJF. Los casos tuvieron relación con el concepto de interés superior del niño.

DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN³⁹⁴

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

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO³⁹⁵

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

RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. EL MENOR DEBE SER ESCUCHADO POR EL JUEZ ANTES DE SU FIJACIÓN PARA PRESERVAR SU DIGNIDAD HUMANA.³⁹⁶

En principio, la dignidad humana es un derecho cuya titularidad la detentan las personas físicas, más no las personas morales.³⁹⁷ Asimismo, se ha reconocido a la dignidad y el libre desarrollo de la persona como presupuestos para dotar de contenido a otros Derechos Humanos que en un inicio, no se encontraban estipulados en el propio texto constitucional, como los relativos a los derechos de género, relacionados con un caso sobre cambio de sexo y el matrimonio de personas homosexuales. Las tesis que han derivado del tratamiento judicial por nuestro máximo Tribunal han sido diversas, destacan las siguientes.

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ Tesis Aislada: I.5o.C.133 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Agosto de 2010, p. 2340.

³⁹⁷ 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.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.³⁹⁸

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.³⁹⁹

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.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Tesis Aislada: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.

³⁹⁹ Tesis Aislada: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, Página: 7.

⁴⁰⁰ Tesis Aislada: P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Pleno, 10ª Época, Agosto de 2011, p. 877. Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Sin duda alguna, los criterios referidos arriba forman parte de la creación de un bloque de constitucionalidad en torno a la Dignidad Humana. Entendiendo por éste “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución [...] para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo”.⁴⁰¹ En el primer caso apuntado, se abordó el tema de derechos de las personas transexuales. La SCJN sostuvo lo siguiente.⁴⁰²

Es en la psique donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida.

Nuestro máximo tribunal también reconoció la existencia de los derechos a la privacidad y a la propia imagen, tal y como lo han hecho otros Tribunales Constitucionales en el mundo. Resulta también bastante interesante el empleo del derecho comparado como argumentos en la sentencia, ya que nuestra Constitución no consagraba de manera expresa, además, no existían precedentes en nuestro país sobre situaciones similares al respecto.

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

⁴⁰¹ Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95.

⁴⁰² Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-ps.

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

Abona a lo anterior, el reconocimiento del matrimonio homosexual en aquellas entidades como Oaxaca, que de manera expresa no reconocen dicha figura, pero que a raíz del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como derecho fundamental y el principio de igualdad, han declarado inconstitucional la figura del matrimonio heterosexual, porque establece una diferencia respecto a las personas del mismo sexo que desearan contraer matrimonio, por tanto, dicha distinción no resultaba legítima, sino que se trata de una discriminación, lo cual abre la puerta para que en otros Estados de la República se replique esta misma decisión, bajo los mismos argumentos.⁴⁰³

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

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA.⁴⁰⁴

Tiempo después, el PJF se ha referido al derecho al mínimo vital como parte de los principios del Estado Social de derecho, entre los que se encuentra la dignidad de la persona humana, así como la solidaridad, los cuales forman parte de las condiciones mínimas de subsistencia para las personas que

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ Tesis Aislada: 1a. X/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009, p. 547.

habitan el territorio mexicano.⁴⁰⁵ Asimismo, en la última época ha relacionado este principio fundamental con el principio de presunción de inocencia,⁴⁰⁶ la igualdad y la no discriminación,⁴⁰⁷ plazo razonable y prisión preventiva,⁴⁰⁸ derecho al honor e intimidad (Caso la Jornada),⁴⁰⁹ y en materia de seguridad social, ha señalado que se viola la dignidad como derecho fundamental, en cuestiones de cuantificación de las prestaciones laborales.⁴¹⁰

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO III

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. Registro: 2002596; [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 2; Pág. 1687.

⁴⁰⁷ IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. Tesis: 1a. CXLV/2012 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 487.

⁴⁰⁸ SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN. No. De Registro 2001493 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 499.

⁴⁰⁹ DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Registro: 2000082; Tesis: 1a. XXI/2011 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2905.

⁴¹⁰ DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. SE VULNERA SI EN LA CUANTIFICACIÓN DE QUINQUENIOS A FAVOR DE UN EMPLEADO AL SERVICIO DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE OAXACA SE APLICA LA CONVERSIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 22 DE JUNIO DE 1992, POR EL QUE SE CREÓ LA NUEVA UNIDAD DEL SISTEMA MONETARIO NACIONAL. Tesis: XIII.T.A.3 L (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1856.

En el Distrito Federal se aprobó una reforma para permitir los juicios de rectificación de acta de registro civil, relacionados con las personas que desean cambiar su sexo. Para ello, se adicionaron varios artículos en el Código Civil de aquella entidad. El presente asunto se refiere a una persona transexual que había cambiado su sexo de nacimiento (masculino) al sexo femenino. La persona había sido diagnosticada desde edad temprana con pseudohermafroditismo femenino, por lo que desde los doce años comenzó a desarrollar caracteres del órgano sexual femenino, lo cual incomodaba el ambiente social en que se desenvolvía, causando gran confusión en su persona. Con el paso del tiempo, comenzó a desarrollar de manera plena una personalidad femenina (dado que su aspecto físico, psicológico y social, eran los de una mujer) y después someterse a un tratamiento hormonal y una cirugía de reasignación sexual, para adquirir en apariencia los caracteres sexuales femeninos, además fue diagnosticado como una persona transexual, por un médico sexólogo y psicoterapeuta, al haber atravesado un padecimiento denominado disforia de género. Esto último significaba que existía una oposición entre sus características biológicas del sexo de nacimiento y su sentido de pertenecer al género femenino.

El acto impugnado era la anotación marginal (señalada en el Código Civil para el Distrito Federal), artículo 138, el cual establece: “(...) la sentencia que cause ejecutoria se comunicará al Juez del Registro Civil y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación (...)”, misma anotación que ordenaron los juzgados civiles en su acta de nacimiento, donde se establecía que había cambiado de identidad, evidenciando de esta forma su condición de transexual a terceras personas.

1. Identifica los posibles derechos o principios constitucionales vulnerados
2. Existe una colisión entre principios constitucionales, indica cuáles
3. ¿Existe el derecho a la identidad sexual?
4. ¿En qué medida afecta la anotación marginal de su condición de cambio de sexo al demandante?
5. Con base en las técnicas explicadas en anteriores capítulos ¿cómo resolverías este conflicto? Fundamenta y motiva tu respuesta
6. ¿Por qué está relacionada la dignidad de la persona humana con este caso?

EL DERECHO A LA VIDA

I. EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA

La vida constituye un fenómeno biológico y existencial que además de ser un derecho en sí mismo, constituye un valor previo al ordenamiento jurídico. Pero lejos de devaluarlo constituye un valor supremo de todo el sistema constitucional en cuanto presupuesto y fundamento de todos los Derechos Fundamentales. La vida constituye un valor jurídico fundamental en la medida que viene formado como valor ontológico, axiológico y antropológico superior e irreducible que el Derecho le otorga y, de este modo, la vida conforma un valor jurídico superior en la medida que presupone el resto de derechos y libertades fundamentales.

El derecho a la vida constituye el derecho fundacional y esencial en cuanto actúa como sedimento sustancial y base fundamental de inmanencia de los restantes derechos humanos, sin el cual estos derechos no tendrían existencia o sentido posible, sin embargo, no hay que confundir el derecho a la vida con la vida en sí misma, la dignidad del hombre es inherente a la vida misma y no al derecho que la contempla. Por esto mismo, el estudio del derecho a la vida presupone inevitablemente el estudio del concepto de persona y dignidad humana que se entrelazan con el cuidado de sí mismo y el cuidado de la muerte.

Con el pensamiento estoico apareció cierta idea de respeto e igualdad entre todos los seres humanos dotados de razón. No obstante, el concepto y valor de persona, tal como nosotros lo concebimos, se incorpora a nuestra cultura de mano de la tradición judeocristiana, una tradición profética-sapiencial que conforma un núcleo importante de nuestra cultura occidental y que configura toda la subjetividad moderna hasta nuestros días. Nuestra realidad subjetiva se construye en la interacción con los otros y es con los otros con los cuales reflejamos nuestra subjetividad.

Cuando nos enfrentamos con la muerte, es decir, cuando la muerte se pone frente a nosotros a través del otro, también proyectamos nuestra realidad subjetiva, reflejamos el tipo de interacción social que tenemos con los

demás.⁴¹¹ Heidegger decía que el hombre no es sólo *dasein* (ser ahí), ser abierto al mundo, abierto a las posibilidades, sino *mitsein* (ser con), es decir ser abierto a los otros⁴¹² y, especialmente, al otro distinto y peculiar. La vida en sociedad significa la necesidad de mirarse en los otros y querer ser mirado uno mismo, pues la estima personal y pública tiene cierto valor, en otras palabras, la consciencia de sí quiere afirmarse ante las otras consciencias que habitan el mismo universo que ella. Nadie puede llegar a quererse a sí mismo, a auto estimarse, si es continuamente despreciado o maltratado.

Hegel decía que la sociedad es el espacio natural privilegiado donde el nosotros se convierte en un yo y el yo en un nosotros. Con dicho reconocimiento básico y fundamental nace el ideal de autenticidad, que no es sino la capacidad de cada individuo de tener un sentido moral y justo, una voz interior que le lleva a distinguir el bien y el mal. Una voz que no depende de una autoridad o instancia externa, es decir, que no es heterónoma, sino interna y por tanto, autónoma; pero no hay que olvidar que es la sociedad y la interacción con esta como colectivo la que nos provee de las coordenadas morales y éticas.

La “sociedad perfecta” es aquélla donde la vida en común es posible sin que suponga la anulación de lo singular, lo individual o lo diferente. La dignidad humana significa autonomía, esto es, libertad para escoger la forma de vida que cada uno prefiera, con la salvedad de que al escoger la forma de vivir no se quiera transgredir y violentar la dignidad y la forma de vivir del otro. Así también, al referirnos a la libertad en la elección de la forma de vida, esta implícitamente afirmada la responsabilidad, es decir, el hacerse cargo de la propia vida, y por tanto, de la propia muerte. Pero como vivimos en sociedad, con y para el otro, es decir, somos con el otro, esta responsabilidad y este hacerse cargo tienen que trascender nuestra vida y dirigirse a los otros.

El derecho a la integridad física constituye un corolario del derecho a la vida y derivación del presupuesto constitucional de la dignidad de la persona humana, tal y como ha sido apuntado en el capítulo previo. El derecho a la vida constituye el derecho fundacional y esencial en cuanto actúa como plataforma y base de los restantes derechos humanos, sin el cual los restantes

⁴¹¹ BERGER, P. y LUCKMANN, T., *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta), Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

⁴¹² HEIDEGGER, M., *Ser y Tiempo* (trad. J. Gaos), FCE, México, 1991, p. 262.

derechos no tendrían existencia o sentido posible. El estudio del derecho a la vida presupone inevitablemente el estudio del concepto de persona humana y dignidad humana.

El texto constitucional, parte dogmática de la Constitución Europea sitúa los valores de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad como valores indivisibles e universales, necesarios para el desarrollo de la democracia y el Estado de derecho. La dignidad humana aparece en el art. 1º expresado: “el derecho a la dignidad humana entendiendo que ésta es inviolable y debe ser respetada y protegida por los Estados”. Además regula el derecho a la vida como base previa y sustento de cualquier derecho; el derecho a la integridad de la persona relacionado con la dignidad humana por vía de prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, prohibición de la esclavitud y trabajo forzado. La mayoría de los textos constitucionales expresan el principio de dignidad humana en su tratamiento positivo como integridad moral y en su tratamiento negativo como prohibición de cualquier trato inhumano o degradante.

Cualquier derecho fundamental tiene restricciones y límites en su ejercicio. Podría pensarse, *prima facie*, que el derecho a la vida es una excepción a lo anterior y que este no encuentra límite alguno, ya que se trata de uno de los derechos más preciados en la cultura democrático liberal. Algunos ejemplos de restricciones o límites a este derecho fundamental se encuentran los siguientes: la eutanasia, el aborto, incluso criterios recientes e innovadores, han establecido que el derecho a la vida no debe limitarse al deber negativo por parte del Estado de no intervenir en lesionar la vida humana, sino en obligaciones positivas, consistentes en deberes positivos de salvaguardar la misma, tal es el caso de la obligación que tiene el Estado de investigar diligentemente y perseguir en su caso, muertes causadas por agentes públicos, en el ejercicio de sus funciones.⁴¹³

El derecho a la vida en el marco de la normatividad vigente, no existe de manera expresa en la Constitución mexicana. En este sentido, consideramos que esta interpretación debe ir más allá de lo establecido por el anterior criterio. Debemos realizar una interpretación sistemática de la Constitución y la Ley General de Salud, con el objeto de precisar que el derecho a la vida en

⁴¹³ SCEDH Kaya c. Turquía, 19 de Febrero de 1998. OGUR C. Turquía, 20 de mayo de 1999, Finnane c. Reino Unido, julio de 2003.

el que se emplea el término persona en múltiples artículos constitucionales: 1°, 4°, 5°, 14, 16, 17. A nivel internacional, el derecho a la vida se encuentra consagrado tanto en los artículos 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero, establece en su 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.

Es importante mencionar que México hizo una declaración interpretativa, respecto de este numeral, ya que 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. Es decir, nuestro país no se obligó conforme a esta cláusula interpretativa, a considerar la vida desde el momento de la concepción, dicha interpretación extensiva o restrictiva la dejó en manos del legislador.

1. LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN DE SU IMPLANTACIÓN

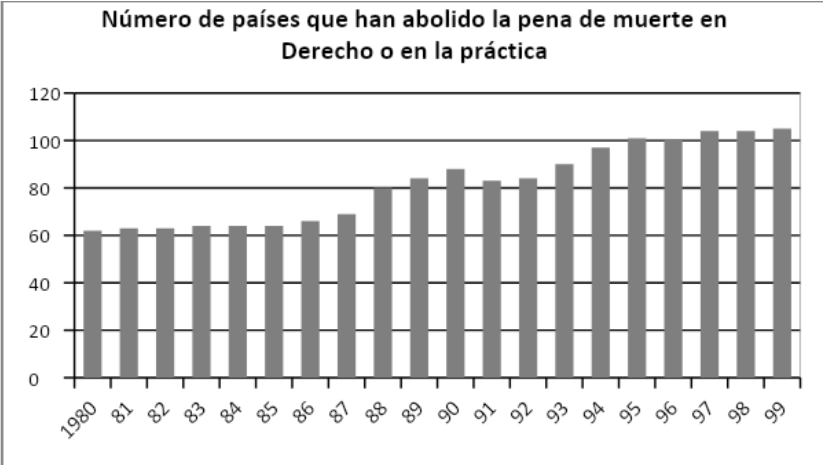
La Constitución mexicana ha logrado consagrar la máxima protección constitucional sobre la prohibición de la privación de la vida. En tal sentido, nuestra Carta Federal se inscribe en la corriente jurídica progresista contemporánea que declara abolida la pena de muerte tratando de buscar en caso de delitos graves y en función del daño producido por delincuente penas educadoras, socializadoras y reinsertoras del individuo a la sociedad.⁴¹⁴

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera

⁴¹⁴ Para conocer más de este paradigma garantista en el sistema penitenciario mexicano ver: ZARAGOZA HUERTA, José, El nuevo sistema penitenciario mexicano, Tirant lo Blanch, México, 2012.

otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

El derecho a la vida y la integridad física constituye el presupuesto fundamental para el disfrute y goce de todos los derechos, constituye igualmente el valor primario en el que descansan todas las posibilidades de libertad y desarrollo de la personalidad. La mayor parte de las constituciones políticas del mundo declaran abolida la pena de muerte y prohíben la tortura.



Fuente: Amnistía Internacional 1999

Históricamente, la pena de muerte no ha servido para disuadir o presionar de posibles delitos a los criminales, por lo que se declara su inutilidad social, jurídica y política. En este sentido, la problemática del narcotráfico y la criminalidad exige otro tratamiento distinto al de la pena capital si lo queremos combatir eficazmente. En los albores de las sociedades modernas la pena de muerte se encontraba legitimada para dar un castigo a delitos públicos o de extrema gravedad que resultaban de un interés particular al Estado pero con la evolución de las sociedades, la pena capital sufrió también cambios en su motivación, tomando como su argumento fundamental la intención de disuadir a los criminales para no cometer un delito determinado y permitir al Estado mantener una estabilidad en el núcleo social.

No obstante, actualmente enfrentamos en México un fenómeno social originado por la evolución y desarrollo del crimen organizado y narcotráfico,

que se manifiesta con el aumento exponencial de la violencia, no solamente en la cantidad de delitos sino en la gravedad de los mismos. Debido a este contexto especial, existe un resurgimiento en torno a la discusión sobre la reforma a la Constitución Federal a fin de reinstalar las bases legales para implantar la pena de muerte contra delitos como el terrorismo, la privación ilegal de la libertad o el homicidio calificado, tratando de dar una respuesta a la alzada de violencia. No obstante, de momento no existe ningún Estado de la República con una propuesta concreta para volver a implantarla.

Sin embargo, si existen propuestas un tanto regresivas como sucede en el Estado de Chihuahua, que proponen la reimplantación de la cadena perpetua para los delitos graves, como el secuestro,⁴¹⁵ e incluso, una de las mayores propuestas de determinados Partidos Políticos como el Verde en México, ha sido impulsar en su plataforma política, la reimplantación de la pena de muerte.⁴¹⁶

En este contexto, resulta importante retomar los argumentos que han llevado a la abolición de la pena de muerte en las naciones actuales y que sustentan el respeto a la vida de los individuos. En primer plano tenemos que el Estado ejerce el monopolio de la facultad punitiva de las conductas que considera contrarias al orden público, en este sentido resulta ilógico considerar que el Estado aplique como sanción igual a una de las conductas que el mismo considera antijurídicas, como es el caso del homicidio, al respecto Cesare Beccaria señalaba lo siguiente: “Me parece un absurdo que las leyes que son la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen uno público”.

Aunque, Rousseau justificaba la pena de muerte toda vez que consideraba que el individuo participante del contrato social, se desprendía de la totalidad de su acervo de derechos a fin de dar paso a la realización efectiva del Estado, el cual le reconocería tales garantías ya no como un bien inherente al sujeto sino como un otorgamiento potestad del aparato estatal. Dicho

⁴¹⁵ <http://www.congresochihuahua.gob.mx/biblioteca/iniciativas/archivosIniciativas/1332.pdf>

⁴¹⁶ Disponible en: <http://www.partidoverde.org.mx/pvem/2009/04/la-pena-de-muerte-a-secuestradores-terroristas-y-homicidios-calificados-es-definitivamente-viable/>

Consultado el 8 de junio de 2013. 13:05 horas.

argumento ha sido superado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostiene lo siguiente.

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.⁴¹⁷

Con tal motivo queda desvirtuado el argumento arcaico de la potestad del Estado para imponer una sanción extrema que atente contra la totalidad de los atributos del individuo, eliminando lisa y llanamente al delincuente.

LISTA DE PAÍSES CON MÁS EJECUCIONES EN 1998

China	1,067	Ruanda	24	Kirgystan	4
Congo (República Democrática)	100	Vietnam	18	Pakistán	4
Estados Unidos	68	Yemen	17	Zibawe	2
Irán	66	Afganistán	10	Libano	2
Egipto	48	Jordán	9	Bahamas	2
Bielorusia	33	Kuwuait	6	Etiopía	1
Taiwán	32	Japón	6	Siria	1
Arabia Saudita	29	Nigeria	6	Emiratos Arabes Unidos	1
Singapur	28	Omán	6	Tailandia	1
Sierra Leona	24	Cuba	5	Federación Rusa	1

*Cientos de ejecuciones fueron reportadas en Irak, sin embargo Amnistía Internacional no pudo confirmar la mayoría de los reportes.

Aunado a lo anterior se encuentran los argumentos defendidos por Amnistía Internacional, entre los que se encuentran, el efecto deshumanizante que produce la pena de muerte en las personas que la practican, la falta de elementos que demuestren que la pena capital han reducido la criminalidad o la violencia; que es utilizada de manera desproporcionada contra grupos desprotegidos o minorías étnicas o raciales; dicha sanción es utilizada comúnmente como represión política además de ser pronunciada y aplicada de manera arbitraria, teniendo en cuenta que en caso de un error judicial no

⁴¹⁷ Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6, Pág. 21.

existe la posibilidad de subsanarle. Por tales consideraciones, la reinserción de la pena de muerte en el orden jurídico nacional representaría un retroceso en la evolución en el reconocimiento de los derechos humanos.

Países abolicionistas y retencionistas

Dos terceras partes de los países del mundo han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica. Según la última información de que dispone Amnistía Internacional:

88 países y territorios han abolido la pena de muerte para todos los delitos;

11 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos, excepto los excepcionales, como son los cometidos en tiempo de guerra;

29 países pueden considerarse como abolicionistas de hecho: mantienen en su legislación la pena de muerte pero no han llevado a cabo ninguna ejecución en los últimos 10 años o más.

Esto supone que un total de 128 países han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica. 69 países retienen y aplican la pena de muerte, pero el número de países que realmente ejecutan a presos en un año determinado es mucho menor.

Fuente: Amnistía Internacional Índice AI: ACT 50/002/2007

No obstante, cualquier intento de regresión legislativa, que tenga por objeto la implantación de la pena de muerte en el Estado mexicano, estaría en contra de lo dispuesto por el principio de no regresividad contenido en los Tratados Internacionales suscritos por México, así como en la propia Constitución Federal, en su artículo primero. Aunado al hecho de que, existe un consenso regional por parte del sistema interamericano de derechos humanos, ya que de ser así, se otorgaría protección internacional para no llevar a cabo dicha práctica.

2. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA

En toda sociedad existen dos posibilidades para configurar las relaciones recíprocas entre las personas. La primera opción se basa en que el más fuerte someta y domine a los demás, o los más débiles, en función de sus caprichos, intereses o fines. La segunda opción consiste en equiparar el reconocimiento

recíproco del otro en función de una cooperación social más profunda. El presupuesto en ambos casos de toda relación jurídica entre dos o más personas es el recíproco reconocimiento de dignidad humana de cada cual. No obstante, la realidad social y política que vivimos dista mucho del cumplimiento de este precepto constitucional, la espiral de violencia desencadenada ha seguido creciendo de forma escandalosa.

El incremento de la violencia con altos índices de asesinatos y homicidios a población generalmente vulnerable constituye un problema alarmante en México. En la actualidad, más de 26 mil personas han sido ejecutadas en México desde diciembre de 2006 hasta la fecha, cuando el primer mandatario mexicano, Felipe Calderón anunció la guerra contra el crimen organizado, según un informe revelado este lunes durante las reuniones del Gabinete de Seguridad Nacional.

Tanto la Secretaría de la Defensa Nacional como la Procuraduría General de la República han presentado un informe en el que se detalla que más de 70 por ciento de las víctimas tenían entre 20 y 35 años de edad. El reporte de los órganos de inteligencia⁴¹⁸ respecto del número de personas asesinadas por grupos criminales la mayor parte en Chihuahua, Durango, Coahuila, Guerrero, Sinaloa, Jalisco, Michoacán, estado de México, Guanajuato, Veracruz, Tabasco, Quintana Roo, Baja California y Nuevo León.

SECUESTRO Y ATENTADOS CONTRA LA SEGURIDAD PERSONAL

Las cifras

Durante el año 2007 se denunciaron 1'578,680 delitos, pero con base en la información de las Encuestas Nacionales sobre Inseguridad —ENSI—, se estima que se cometieron cerca de 13 millones 200 mil delitos (reconociendo que se registran tan sólo 12 por cada 100

⁴¹⁸ Fuente: publicado por el informador en Septiembre del 2009. En México ninguna autoridad brinda con oportunidad datos sobre el número total de muertes violentas que ocurren en el país, y sólo el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) ofrece datos de homicidios pero con varios meses de retraso. Los últimos días de enero del 2010 estuvieron marcados por varias masacres ocurridas durante el fin de semana pasado: la madrugada del domingo fueron asesinados 16 jóvenes en una fiesta en la norteña Ciudad Juárez, y 10 personas más murieron a tiros en un bar de Torreón. El asesinato de los jóvenes, que asistían a una fiesta con otros 45 adolescentes, principalmente estudiantes de diversas escuelas, muestra "una falta elemental de sentido y de aprecio por la vida".

delitos que se cometen). De éstos, a partir de las ENSI del ICESI, se calcula que el 0.05% son secuestros, tanto tradicionales como exprés, es decir 6,500 durante 2007 (denunciados y no denunciados ante las autoridades), lo que equivaldría a poco más de 17 secuestros al día en el país. Esto si se le aplica el mismo porcentaje de cifra negra que al resto de la delincuencia, pero se estima el secuestro, por ser un delito que atenta contra la vida e integridad de las personas, presenta una cifra negra mayor.

El secuestro exprés generalmente queda excluido de la estadística oficial, por considerarlo, en una buena parte de las agencias del Ministerio Público del país, como robo con violencia y queda registrado oficialmente en el catálogo dentro de los robos. Datos de averiguaciones previas iniciadas por el delito de privación ilegal de la libertad, registrados en las procuradurías generales de justicia de las entidades federativas 1997-2007.

Fuente: ICESI A.C. Agosto de 2008

La situación de los derechos humanos en México constituye una cuestión grave y preocupante. Un tema pendiente de la agenda pública, y que debiese ser de agenda de gobierno, es el de las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos como son la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, además de la prácticamente nula garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, todo esto aunado a la impunidad y a severos problemas de acceso a la justicia.

Esta situación grave de derechos humanos que vive México está debilitando fuertemente el Estado de derecho. En muchos casos los procesos judiciales padecen graves irregularidades, las víctimas carecen de recursos sencillos y adecuados para poder remediar ciertos abusos.

3. EL ABORTO Y EL DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN

El aborto constituye un dilema moral y jurídico complejo y difícil, casi siempre traumático para la mujer, incluso cuando no existe violación o incesto, y la mujer decide en plena libertad. El aborto es ilegal, por lo que la mayoría de

los casos, las mujeres abortan en la clandestinidad con el consiguiente riesgo a su vida, su salud y su libertad, y trastornos psicológicos y alteraciones. El conflicto surge cuando se contraponen el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y salud, contra el derecho del concebido no nacido (*nasciturus*) a ser titular del respeto a la vida.

En este sentido se han realizado numerosos debates, intercambiando opiniones diversas que denotan la importancia de dicho fenómeno social llevando a los juristas a emitir argumentos estructurados meticulosamente a fin de tutelar los derechos de la mejor manera posible. El 26 de Abril del 2007 se realizaron en el Código penal del Distrito Federal una serie de reformas con la finalidad de despenalizar la interrupción del embarazo siempre que se produzca antes de la décima segunda semana de gestación en determinados supuestos; este criterio es similar a los adoptados por otros países como Alemania, Austria, Bélgica, Francia y Reino Unido.

La decisión que toma la mujer sobre el aborto es una decisión difícil y compleja, pues intervienen factores sociales, culturales, religiosos, así como su proyecto de vida personal y familiar. La mujer que aborta en la clandestinidad, porque el aborto es ilegal, todavía en numerosos países de América Latina, sabe perfectamente que está exponiendo su vida, su salud y su libertad y, con frecuencia, sufre alteraciones y trastornos psicológicos profundos y graves, incluso cuando lo realiza bajo la protección de la ley y el derecho.

Por tanto, debemos recalcar que el problema del aborto supone una cuestión difícil, compleja y laberíntica donde intervienen todo tipo de factores psicológicos, sociales, científico-médicos, culturales y religiosos, los cuales importan una afectación muy fuerte a la mujer, es por eso que es imperativo señalar que una despenalización del aborto no implica una postura del Estado en pro del mismo, sino que solamente conlleva el hecho de eliminar dicha conducta de entre las tipificadas por la legislación penal (dentro de ciertos límites) para quitar una carga a la mujer que decide abortar.

Ante todo, como expresa Jorge Carpizo el tema del aborto no puede solucionarse con descalificaciones e insultos, sino únicamente con

argumentos racionales profundos.⁴¹⁹ Una sociedad democrática se sustenta en el ejercicio del principio de la tolerancia desde un pluralismo moral, político y religioso, es decir, en el reconocimiento de la riqueza de la diversidad desde un marco mínimo común que viene conformado por una cultura de los derechos humanos. El respeto a la opinión y creencia ajena constituye un presupuesto fundamental para la consolidación y conformación de un Estado democrático. La búsqueda de consenso y diálogo constituye un presupuesto fundamental para la resolución de todo tipo de conflictos de esta naturaleza.

3.1 LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN MÉXICO Y EL LIBRE DESARROLLO PSICOSEXUAL DE LA MUJER Y SUS POSIBLES COLISIONES

La SCJN ha reconocido desde el año 2000, el derecho a la vida del producto de la concepción, a raíz de diversas reformas realizadas en el Código Penal del Distrito Federal, referentes al aborto, que eximían de responsabilidad a la mujer, cuando el producto de la concepción presentara alteraciones genéticas o congénitas.⁴²⁰ En la sentencia emitida por la Corte en ese entonces, se emitieron varios criterios relacionados con la protección del derecho a la vida, así como la protección constitucional que tiene el feto. En una primera tesis jurisprudencial se ha establecido que el derecho a la vida se protege como un derecho fundamental conforme a una interpretación sistemática de los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁴²¹ En otras de las definiciones, la Corte se refirió a la tutela del producto de la concepción, sobre este punto dijo en la sentencia: “la Constitución Federal, sí protege la vida humana y de igual forma protege al producto de la concepción en tanto que éste es una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en el que se encuentre”.⁴²²

Así, tenemos entonces que el feto, a pesar de no tener de manera plena todos los Derechos Fundamentales, es reconocido por el sistema jurídico

⁴¹⁹ Vid., CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, Derechos humanos, aborto y eutanasia, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

⁴²⁰ Se trata de la acción de inconstitucionalidad 10/2000. Dicho asunto versó sobre la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la causa absolutoria establecida para el delito de aborto en aquella entidad, consagrada en la fracción III, del artículo 334, del Código Penal para el Distrito Federal.

⁴²¹ DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, Tesis: P/J. 13/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002, Novena Época, p. 589.

⁴²² Sentencia recaída a la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Pág. 103.

mexicano como un bien constitucional digno de protección. Ningún derecho fundamental o principio constitucional es absoluto, todos son limitados, en razón de ello, es complejo encontrar la mejor solución que ayude a optimizar los dos principios que se encuentran en conflicto en este caso en particular: los derechos de la mujer, frente a los derechos del feto. Nos encontramos ante una fuerte disyuntiva de carácter ética, política y social: “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 ésta pueda ser utilizada como un medio para obtener un beneficio apreciable para otros.”⁴²³

Otro de los precedentes más emblemáticos al respecto, es la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, que versó sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, acerca de la reforma a varios dispositivos del Código Penal de aquella entidad relativos al tipo penal de aborto (artículos 144 al 148), en esencia, el numeral respectivo decía 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.

Ahora bien, una de las principales cuestiones a resolver era, si dicha reforma atentaba en contra del derecho a la vida reconocido por la Constitución federal. Al respecto, el Tribunal determinó que no era así, ya que del análisis realizado, la reforma penal protegía el normal desarrollo psicosexual de la mujer, preponderando por consiguiente ante el derecho a la vida del no nacido. Sobre el derecho a la vida, la sentencia dice lo siguiente.

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.

⁴²³ Sobre este punto, son ilustrativas las sentencias, así como votos particulares sobre aborto, emitidas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, donde se ponderó entre los dos bienes y derechos fundamentales relatados. BverfGE 39, I de 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, de 28 de mayo de 1993.

Desde nuestra perspectiva, la ponderación realizada en el caso concreto no queda todavía muy clara, ya que en la sentencia se percibe todavía un respeto al quehacer legislativo del Congreso de aquel Estado. Esto se aprecia incluso en el fundamento jurisprudencial de la resolución misma, en la cual se advierte: CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL.⁴²⁴ Creemos que este miedo a ponderar, puede deberse a dos situaciones: la primera es el respeto al principio democrático (constituyente) y 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.

Sin embargo, existió un voto concurrente que es muy clarificador, de la ministra Olga Sánchez Cordero, para plantear correctamente la ponderación entre los dos bienes en conflicto. En el mismo, podemos observar que están muy bien contruidos los argumentos en torno a la ponderación, en principio la ministra sostiene: “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”. Posteriormente, señala lo siguiente.

La medida que no criminaliza la interrupción del embarazo, sí resulta una medida idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres previamente mencionados, porque sólo ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin la criminalización de su interrupción, implementando a su vez, medidas que optimicen las condiciones de atención médica que protejan su vida y su salud, sin que de modo alguno esa posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres, esto es, ni continuar con un embarazo no deseado, ni interrumpirlo de manera forzada; así como tampoco, facultar a la autoridad para privar de la vida.

⁴²⁴ 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.

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 quieren estar embarazadas se someterán a un aborto, solamente que en condiciones riesgosas para su vida y su salud... 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.

... 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... 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.

Como dijimos previamente, resulta ser uno de los pocos votos que sostiene, a través de una argumentación clara, y sin evasivas, los conflictos de derechos o bienes constitucionales en el presente caso. Asimismo, atiende a la aplicación del principio pro homine, pro libertate y pro legislatore. En este tenor, no evade el problema moral o axiológico que reposa finalmente en este conflicto, 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 dichas decisiones. La única situación que nos hubiera gustado observar en el presente voto, es la causa razonable (desde nuestra perspectiva) que debe exigírsele a la mujer embarazada al momento de abortar, ya que, siguiendo un poco la jurisprudencia comparada, creemos que resulta necesario no imponer cargas desproporcionales a la mujer que impliquen para ella un sacrificio excesivo.

3.2 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA MUERTE DIGNA: LA EUTANASIA

Entre los derechos que surgen actualmente con el avance y mejora de las nuevas tecnologías, medicina, alimentación y la consiguiente prolongación de la esperanza de vida constituye el presupuesto del derecho a una muerte digna. El debate ético, político y jurídico actual gira en torno a la licitud e ilicitud de la supresión de un tratamiento y asistencia médica cuya función no puede pasar de prolongar sin esperanza la fase terminal de ciertos enfermos sin actividad cerebral o en estado de coma o vegetativo permanente. Ante la petición de los enfermos de no prolongar una agonía y sufrimiento innecesario se reivindica progresivamente este derecho fundamental.

La muerte siempre ha estado presente como acontecimiento, como registro en la memoria, como abstracción o como reflexión filosófica. Se nos presenta como hecho universal y particular, como colectiva e individual, social y personal. Ahora, en nuestra cultura actual, la muerte se percibe principalmente como fenómeno externo a la conciencia, como irreversibilidad biológica de carácter puntual y puramente objetivo, casi nunca se percibe como matiz de la vida, como intrínseca al proceso vital del hombre o condición de posibilidad de la propia existencia. Contrariamente a esto, las representaciones que se tienen de la muerte en la actualidad giran en torno a una extrapolación de categorías y procesos de la producción industrial, tales como empresa, máquina, funcionamiento, descompostura, inservible, productivo, improductivo. En el lecho de muerte la máquina biológica marcha o no marcha⁴²⁵, como alguna vez diría Jean Baudrillard en forma de denuncia hacia este tipo de ideología: produce o no produce. Este tipo de razonamientos o productos ideológicos que se advienen como hegemónicos en nuestra cultura de masas industrial, ven la muerte como término de la vida,

⁴²⁵ BAUDRILLARD, J., El intercambio simbólico y la muerte, Monte Avila Editores, Caracas, 1980.

como déficit y caducidad de la vida⁴²⁶. Esta trastocación de la percepción, o cambio de posición subjetiva sobre la muerte, define, permea y limita el morir de la mayoría de las personas sumergidas en la lógica del capitalismo tardío.

Por tanto, desde este punto de vista, la eutanasia entendida como “el buen morir” deja de tener su significación ética, el “buen morir” de hoy es el enclaustramiento institucional, el “cuidado,” o mejor dicho, el tratamiento por parte de especialistas; hoy en día presenciamos una expropiación irracional de la muerte por parte de las instituciones de salud y sus profesionales. Uno puede “bien morir”, a menos de que sea en una institución y por las condiciones y los medios que proporcionan los especialistas (en medicina, derecho, electrónica, etc.). Por tanto, este buen morir es transformado, se le desprende de su acepción de libertad y consecuentemente, de responsabilidad y moral. En este sentido, la muerte, según la doxa más generalizada, tiene que ser objetivada y procesada por la ciencia, se le remueve el elemento ético; el ethos que proporciona la muerte es suplantado, y en su lugar, la técnica toma su papel protagónico, sujetando a la eutanasia y a todo el cuidado de la muerte a un mero proceso técnico y metodológico avalorativo.⁴²⁷

En este universo la tecnología proporciona también la gran racionalización de la falta de libertad del hombre y demuestra la imposibilidad técnica de la realización de la autonomía, de la capacidad de decisión sobre la propia vida. Pues esta ausencia de libertad no aparece ni como irracional ni como política, sino más bien, como sometimiento a un aparato técnico que hace más cómoda la vida y eleva la productividad del trabajo⁴²⁸.

Entonces, recobrar los espacios de realización de la autonomía en un ámbito tan íntimo y personal como la propia muerte constituye una de las tareas fundamentales del hombre, en esta tesitura, tanto Habermas y Foucault abogan por lo mismo: recuperar las libertades perdidas, hacer del hombre más autónomo y creativo, con capacidad para generar su propio horizonte vital. El buen morir es una de estas parcelas en las cuales el hombre tiene que

⁴²⁶ Desde esta perspectiva la vida, y en mejores términos, el cuerpo humano, se conciben como un producto más del mercado, un bien comercializable sujeto a las leyes económicas mercantiles capitalistas (neoliberales). HORKHEIMER M. y ADORNO T., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (trad. Juan José Sánchez), Trotta, Madrid, 1998, p. 171.

⁴²⁷ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Tecnos, Madrid, 1986, p. 54.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 58.

ser libre de decidir sin el sometimiento a un aparato técnico que aparenta hacer soportable la muerte. En este sentido, las nociones, especialmente de Foucault y Derrida, sobre el cuidado de la muerte, nos proporcionan una guía por la cual analizar la regulación (médica, legal, técnica) de la muerte, específicamente de la eutanasia.

Así, la eutanasia, tiene una relación estrecha con estos constructos clásicos de la antigua Grecia sobre el "cuidado de sí mismo"⁴²⁹ y el "cuidado de la muerte."⁴³⁰ El cuidado de la muerte es el cuidado de sí mismo, es cuidado de la vida, del alma, en síntesis: procurarse y ejercitar el arte vivir. Como tal, no es una significación pasiva, es movimiento, en cuanto se dirige al otro y existe una relación de responsabilidad y empatía hacia el otro. Es fundamentalmente activa, ya que se requiere de un ejercicio constante que dura toda la vida.⁴³¹ El cuidado de la muerte (*melete thanatou*) es un ejercicio vital, no entendido como el respirar, que más bien es un automatismo biológico, sino como una necesidad en términos hegelianos, en el cual se asume la responsabilidad y se le confiere dignidad a la propia muerte. Así también, el cuidado de la muerte es sacrificio, "dar la muerte", como diría Derrida sería: "...morir por el otro, así pues dar la vida quizá, dándose la muerte, aceptando la muerte dada..."⁴³²

Por tanto, el cuidado de la muerte está íntimamente ligado con la dignidad humana, sólo quien cuida su muerte tendrá una muerte digna y, en la medida en que una persona practique el cuidado de la muerte, será la medida en que uno tenga una muerte digna. Sin embargo el razonamiento no termina aquí. El cuidado de la muerte, como habíamos dicho, es una práctica que toma toda la vida, es el ejercicio del arte de vivir, por tanto, el cuidado de la muerte no se lleva a cabo momentos antes de la muerte, sino en el transcurso de toda la vida consciente. De ahí que sea un ejercicio vital, así como una práctica dignificante. En este sentido, si la dignidad humana es un presupuesto básico y radical del hombre, entonces el cuidado de la muerte, y la eutanasia comprendida dentro de ella, también lo deben ser, ya que los dos están inscritos en la vida misma.

⁴²⁹ FOUCAULT, M., *Hermenéutica del Sujeto*, FCE, México, 2006; *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber* (trad. Ulises Guiñazú), Siglo XXI, México, 2005; *Historia de la sexualidad. La inquietud de sí* (trad. Tomás Segovia), Siglo XXI, México, 1987.

⁴³⁰ DERRIDA, J., *Dar la muerte*, Paidós, Barcelona, 2006.

⁴³¹ MARCO AURELIO, *Meditaciones*, Gredos, Madrid, 1994.

⁴³² *Ibid.*, p. 22.

La dignidad no es respetada ni protegida en la muerte en una sociedad donde las desigualdades y polarizaciones sociales son cada vez más agudas y estructurales. Ahora, un animal cualquiera, en especial, las mascotas, "tienen" una muerte más digna que cualquier hijo nacido en la Sierra chiapaneca mexicana o en Sierra Leona. A los animales se les inyecta y se les trata terapéuticamente; "se les aplica la eutanasia", se les entierra, incluso incinera. Mientras tanto, a los desdichados sin suerte predestinados a morir cruelmente, se les deja podrir donde sea, claro, siempre y cuando, no interrumpen la vida cotidiana de aquellos que se consideran más importantes, les causen problemas de conciencia y conflictos morales, o simplemente, porque les parezca poco estético. Como dice acertadamente Ziegler: "Los moribundos no tienen ya estatuto y en consecuencia no tienen dignidad. Son clandestinos, marginal amen cuya angustia se empieza a adivinar."⁴³³

Quitarle a la muerte ésta máscara simbólica, desclasarla y hacerla universal, democrática; que sea equitativa, que la mayoría, y no sólo los autoconsiderados poderosos, tengan el derecho a una vida digna y por consecuencia, una muerte también digna, es una tarea inaplazable. Se olvida que existe una identidad radical que une a todo ser humano, a toda persona una con otra. Esta identidad es "pre-social", o dicho en términos marxianos es esencialmente social, esto quiere decir que no está "manchada" y "contaminada" por signos o símbolos predeterminados dados apriorísticamente por una clase y tipo de personas. Esta identidad socio-ontológica nos pone ante nuestros ojos una igualdad irreductible con todos los seres existentes, que perecieron y que están por venir. Es una igualdad que es anterior a todos los procesos sociales complejos.

El Estado constitucional, por tanto, tiene como último fin, garantía y referente el desarrollo integral de la persona humana en todas sus dimensiones, incluyendo la muerte. Uno podría preguntarse, ¿cuáles son los motivos por lo que la muerte configura y constituye parte primordial de nuestra identidad humana, si ella es en sí el término de ésta? Pero como ya vimos, la experiencia de la muerte de uno mismo, como cualquier otra experiencia, ya sea que dure cinco segundos o cinco años, reconstituye y modifica sustancialmente nuestra identidad. Si el sabernos finitos nos abre nuevos horizontes de subjetividad, el experimentar directa o indirectamente la

⁴³³ ZIEGLER, J., Los vivos y la muerte, Siglo XXI, México, 1976, pp. 280-281.

dimensión de la muerte nos sustancializa, nuestra dignidad está en la muerte. Incluso como imperativo categórico moral y constituyente identitario: "Sólo en la medida en que el morir, si es que "es", sigue siendo el mío, puedo morir por el otro o dar mi vida a otro"⁴³⁴

Entonces, si la muerte (el buen morir) es parte integral de nuestra persona, la discriminación a este "derecho" constituye un atentado grave a la dignidad humana. Discriminar a alguien es negarle a otro los derechos más elementales y el disfrute de los bienes a que tiene derecho, por tanto, en caso de la eutanasia, al negarle a alguien una muerte digna, estamos discriminándolo y violentando sus Derechos Fundamentales; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, falsas ideologías, mitos, etc.) de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna. De este modo, discriminar o marginar es sinónimo de humillar, y en la muerte se representa un caso límite de esta ausencia de dignidad, de humillación.

La autentica o más intensa discriminación y marginación se da en la muerte, en los momentos de agonía y sufrimiento. Así, podemos constatar, cómo en la eutanasia, la privación de una muerte digna pone a la persona en un estado de humillación total. El estar conectado a una bomba, atravesado por tubos para respirar, comer, defecar, orinar etc., estar en estado vegetativo, con algún trauma irreversible físico o psicológico e incluso moral, es para muchos un estado degradante de su dignidad personal, es totalmente humillante. Si el cuidado de sí, el cuidado de la muerte, es el cuidado de toda la vida, entonces, quitarle el derecho a una muerte digna sería desustancializar la labor de una vida de un solo tajo.

La marginación y discriminación se ha convertido en una forma de vida de nuestro tiempo. En la actualidad, en nuestro país mucha gente vive discriminada, apartada o segregada. La delincuencia, en un alto porcentaje, se nutre y ocasiona a su vez, la marginalidad, polarización social y pobreza, fenómenos que constituyen el producto o lo emergente del sistema corrupto⁴³⁵ socioeconómico actual. Muchas personas mueren indignamente debido a las condiciones materiales de marginación y pobreza de nuestras sociedades actuales, los vagabundos, pobres y desamparados que mueren

⁴³⁴ DERRIDA, J., *Dar la muerte...* Óp. cit., p. 53.

⁴³⁵ HARDT. M., NEGRI. A., *Imperio* (trad. Alcira Bixio), Paidós, México, 2002.

por congelamiento en los inviernos urbanos, los pobres que mueren por alguna enfermedad que degrada progresivamente el cuerpo y la mente y no pueden darle un fin a su vida acorde con su dignidad personal, todo ello representan un grave problema ético (filosófico y jurídico), la eutanasia y el cuidado de sí, no sólo comprenden las muertes privadas en hospitales de última generación, sino toda muerte “pública” y cotidiana.

Por otro lado, la defensa de la libertad de conciencia, pensamiento y religión, un ámbito entrelazado sustancialmente con la eutanasia y el cuidado de la muerte, constituye un deber moral humano y además, un principio normativo constitucional que debemos ir plasmando en nuestras prácticas cotidianas diarias, o no tan cotidianas, pero sí de mucha relevancia, como en la práctica de la eutanasia. La libertad de conciencia incluye la libertad de pensamiento y de religión, no debemos olvidar que la muerte, que el derecho a una muerte digna se incluye dentro de estas categorías pensadas como universales, ¿qué cosa puede ser más “universal” que la misma muerte?

Todo esto trata de la manifestación más importante de la libertad del hombre en cuanto afecta a lo que más le dignifica, el ámbito de la autonomía personal, decidir cuándo y cómo morir. Ser autónomo y tener en sus propias manos la cualidad de autodeterminarse, en la medida de lo posible, frente a la muerte, es el último pliegue y el principal acorde de la dignidad personal. En México, existen todavía pocas legislaciones que reconocen el derecho a una muerte digna. En este sentido, se encuentra la Ley de Voluntad anticipada para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de aquella entidad, el 7 de enero de 2008, cuyo artículo primero refiere.

La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

Asimismo, el legislador refirió en la Exposición de Motivos su compromiso por el derecho a la vida, pero también por el respeto a la dignidad de la persona humana, a través de la consagración de medios para hacer efectivo dicho principio.

Es oportuno precisar que la ortotanasia no hace referencia a ni es sinónimo de eutanasia; a diferencia de ésta que busca acelerar la pérdida de la vida de una persona ya sea por una acción o una omisión, aquélla distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa o pasiva, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando sobre todo no deteriorar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgándole para el efecto los cuidados paliativos y las medidas mínimas ordinarias y tanatológicas adecuadas.

Es entonces la propuesta de creación de una Ley de Voluntad Anticipada la que conjuga con sus respectivas adecuaciones las iniciativas de todos los diputados promoventes preocupados por el derecho de la persona a decidir sobre la calidad de su vida postrera, si es que padece una enfermedad en etapa terminal, derivada incluso de un accidente cuyas consecuencias sean mortales irremediamente.

...la presencia de una enfermedad incurable en etapa terminal que no ofrece más expectativas que las de una muerte inevitable y cercana puede deteriorar esa calidad de la vida que el paciente tenía, sobre todo si implica que al enfermo se le apliquen tratamientos médicos que pretendan a toda costa cueste lo que cueste prolongar una vida que ya está destinada a extinguirse sin posibilidades reales de reversión.

Estos tratamientos infructíferos, sin sentido, han sido considerados como crueles y los han llevado a ser comprendidos dentro de la expresión encarnizamiento terapéutico o también denominada obstinación terapéutica, es decir la utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos para mantener vivo a un enfermo, sin importar los posibles dolores que estos les generen; tratamientos que por pretender curar lo incurable desgarran, lastiman y debilitan al paciente.

Es entonces cuando esta persona que padece una enfermedad en etapa terminal debe disponer del derecho a rechazar un tratamiento médico innecesario, pero a la vez tiene el derecho a que se otorguen cuidados paliativos y medidas mínimas ordinarias, entendiéndose a los primeros como a las atenciones activas y totales de aquellas enfermedades que no responden al tratamiento curativo e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente. En cuanto a las segundas consisten en la hidratación, higiene, oxigenación y/o nutrición del mismo, según lo determine el personal de salud correspondiente.

Este derecho del enfermo en etapa terminal a rechazar tratamientos médicos que busquen prolongar innecesaria e irremediamente su

vida o cuando por razones médicas fortuitas o de fuerza mayor y que por añadidura menoscaben o lastimen su dignidad como persona, es lo que esta Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal reconoce a través de la ortotanasia cuya conceptualización y alcances son distintos a los propios de la eutanasia activa y pasiva.

En tal sentido, coincidimos con lo expuesto previamente, además, estamos conscientes que esto representa un dilema ético, político y social de gran relevancia, pero también es importante mencionar que será el juez de acuerdo a las circunstancias particulares y concretas, en conjunto con el Comité de Bioética que para esos efectos se conforme, deberá tomar la decisión que mejor se adecúe de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas, con el fin de lograr el respeto a la dignidad de la persona humana, y el derecho a la vida, con el fin de optimizar ambos principios.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO IV ¿Leyes antiaborto?

Existen principalmente cinco Estados de la República que han aprobado reformas en sus Constituciones Locales, como la Constitución de Guanajuato, que establece en su artículo primero, párrafo segundo, lo siguiente: "persona es ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos".

Por su parte, el artículo 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (obligatoria para México) indica:

ARTÍCULO 4.- Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Sobre este artículo en particular, el Estado Mexicano realizó una declaración interpretativa, manifestando: "Con respecto al párrafo I, del Artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

El Código Penal del Estado de Guanajuato, establece lo siguiente.

Artículo 163.- No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

1. El derecho a la vida ¿es absoluto?
2. ¿Tiene protección constitucional el no nacido? ¿Qué tipo de protección constitucional tiene?
3. ¿Pueden los Estados de la Federación ampliar los derechos humanos consagrados en la CPEUM?
4. ¿Viola el artículo primero, párrafo segundo de la Constitución del Estado de Guanajuato los derechos de la mujer encinta?
5. ¿Existe en la Constitución Federal un derecho a la mujer a abortar sin exigir otro requisito que la voluntad de la madre, o es necesario que existan restricciones adicionales al ejercicio de este derecho?
6. ¿Cómo ponderarías los bienes en conflicto?

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD

En todos los ordenamientos jurídicos constitucionales el valor de la igualdad es un principio fundamental. La igualdad es un valor normativo, político y axiológico referencial⁴³⁶ que inspira el desarrollo e implementación de nuestros Estados democráticos y sociales de derecho hacia una mayor integración social, política, jurídica y económica. No obstante, la igualdad como categoría fundamental posee un carácter multiforme, complejo y multidimensional por lo que nos encontramos ante un concepto complejo, controvertido, polisémico que conviene dilucidar y aclarar con mayor profundidad y hondura por la enorme diversidad de sentidos, aristas e interpretaciones que presenta.

La igualdad posee innumerables facetas y dimensiones, en este sentido, podemos hablar de la dimensión moral, política, económica, social y jurídica de la igualdad, por lo cual, tenemos que atender a una enorme diversidad de horizontes ideológicos y doctrinales. La igualdad es una aspiración, un constructo, un artificio, una exigencia, un sueño, un impulso⁴³⁷ inscrito en la historia humana, aunque debemos señalar que la modernidad política y jurídica ha sido, precisamente, el momento histórico decisivo cuando este valor normativo ha adquirido mayor fuerza y expansión.

La noción de igualdad opera funcionalmente como un concepto plural, relacional y comparativo a través del cual se establecen equivalencias y diferencias entre personas, bienes y cosas⁴³⁸. La igualdad es un concepto relacional que implica un juicio comparativo desde donde se pretende atisbar y dilucidar identidades y diferencias. El juicio de igualdad es un instrumento a través del cual se establece una relación comparativa entre dos o más sujetos que poseen al menos una característica relevante en común.⁴³⁹

TIPOS DE IGUALDADES

⁴³⁶ Vid., PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Dimensiones de la igualdad, Dykinson, Madrid, 2006; Cfr. LAPORTA, F., El principio de igualdad: introducción a su análisis en Sistema, n. 67, 1985, pp. 3-31.

⁴³⁷ Cfr. VALCARCEL, A., El concepto de igualdad, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "Comentarios al anteproyecto de Ley orgánica de igualdad de mujeres y hombres" en Revista Criterio Jurídico, v.6, Santiago de Cali, Colombia, 2006, pp. 197-213.

⁴³⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Dimensiones de la igualdad, Op. cit., p. 45.

⁴³⁹ LAPORTA, F., "El principio de igualdad: introducción a su análisis" en Revista Sistema, n. 67, 1985, pp. 3-31.

Igualdad jurídica	Estado de derecho
Igualdad política	Estado democrático
Igualdad social y económica	Estado social
(igualdad de oportunidades, capacidades y acceso)	
Igualdad negativa: igualitarismo total (todos iguales en todo)	

La aspiración a la igualdad ha sido una constante humana tan antigua como su continua anulación, restricción o vulneración. Cada época histórica ha sentido y definido este valor fundamental de manera diferente, con mayor o menor intensidad, desde una enorme diversidad de estrategias retóricas, argumentativas y doctrinales; pero sin lugar a dudas, desde una perspectiva siempre abierta, ampliando su horizonte de sentido y significación. Por tanto, nos encontramos ante un problema complejo e irreductible, de difícil solución, nunca agotado plenamente por los retos y desafíos que presenta la realidad socio-política, un imaginario socio-jurídico, un valor normativo, un ideal regulativo de conducta en sentido kantiano siempre por realizar.

Sin lugar a dudas, no podemos hablar de igualdad sin hablar de derechos humanos, pues éstos son la aspiración o exigencia moral, política y jurídica más acabada, nítida y perfecta que ha alcanzado nuestra cultura occidental. En algún momento de nuestras vidas, todos hemos experimentado la situación de injusticia o agravio como una experiencia comúnmente compartida, la experiencia de indignación ética ante algo intolerable o discriminación personal. Con la expresión común ¡no hay derecho! reconocemos una verdad transcultural y transfronteriza de la común dignidad de los humanos, desde la cual podemos exigirnos obligaciones y deberes comunes!⁴⁴⁰

La noción de igualdad consiste en un concepto normativo, valorativo y relacional. El juicio de igualdad constituye un instrumento donde se realiza una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica en común. La aspiración de todos “iguales ante la ley”, o que “la ley es igual para todos” establece la superación de la arbitrariedad y privilegios ortigados por el antiguo régimen hacia la instauración de los derechos iguales para todos los ciudadanos en los nuevos

⁴⁴⁰ Sobre este punto puede consultarse una extensa bibliografía, VALCARCEL, A., El concepto de igualdad, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994; Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Comentarios al anteproyecto de Ley orgánica de igualdad de mujeres y hombres” en Revista Criterio Jurídico v.6, Santiago de Cali, Colombia, 2006, pp. 197-213.

regímenes políticos democráticos. La igualdad en derechos supone y significa algo más que la igualdad ante la ley como mera exclusión de toda discriminación o trato desigual. La igualdad ante la ley supone una forma específica de igualdad de derecho.

La igualdad siempre ha sido uno de los valores más complejos de interpretar por los operadores en las Constituciones contemporáneas. Desde la perspectiva de la filosofía política, la igualdad se enfrenta ante dos clases distintas de diversidad:⁴⁴¹

1. La básica heterogeneidad de los humanos, y
2. La multiplicidad de variables desde las que se puede juzgar la igualdad.

Para comenzar, debemos precisar de qué tipo de igualdad estamos hablando. En la actualidad, distintos autores se han referido a este valor bajo diversas ópticas. Por ejemplo, para John Rawls se trata de la igualdad en relación con la distribución de los bienes elementales. Dworkin nos habla del tratamiento como iguales en igualdad de recursos. Thomas Nagel de igualdad económica, y Nozick, cuyo planteamiento es totalmente antagónico, postula por una igualdad de derechos libertarios, sin necesidad de redistribución de recursos. Si nos adherimos a la visión de John Rawls, el juez se dedicará a buscar un modelo de justicia a partir de un esquema de reconciliación entre los principios de libertad y de igualdad, desde la concepción de los filósofos contractualistas clásicos como Locke, Rousseau y Kant. Para él, los principios de justicia deberán ser escogidos a partir de un velo de la ignorancia, lo cual asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger dichos principios. Ahora bien, en relación con los principios de justicia, surge la aplicación de los principios de igualdad y diferencia en la situación de posición original:⁴⁴²

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás, y
2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere

⁴⁴¹ SEN, Amartya, Nuevo examen de la desigualdad, (versión de Ana María Bravo y revisión de Pedro Schwartz), Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 13.

⁴⁴² RAWLS, John, Teoría de la justicia, op. cit., pp. 67 y 68.

razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

De acuerdo con los anteriores principios, la finalidad de Rawls es compensar las desventajas de los menos favorecidos y brindar una igualdad de oportunidades a todas las personas. Por ejemplo, aplicando mayores recursos en la educación de los menos inteligentes durante los primeros años escolares.⁴⁴³ El juez constitucional que se adhiera a esta posición estará a favor de las cuotas de género exigidas en determinados órganos gubernamentales. De igual manera, la concepción de justicia distributiva o justicia social, aplicando medidas positivas o de intervención en la economía, con el fin de hacer efectivo el Estado Democrático y Social de Derecho.⁴⁴⁴ En el moderno Estado Constitucional, la igualdad no solamente se agota en el mero principio formal o legal, sino que va más allá. Tal y como expone Rawls, deben crearse las oportunidades para poner en igualdad de condiciones a los más desaventajados, con la finalidad de lograr la justicia material.

Siguiendo el contractualismo de carácter kantiano se encuentra el iusfilósofo argentino Carlos Nino, quien defiende y postula una teoría de los derechos humanos, basada en el contenido ético de aquéllos. Al respecto, afirma que los jueces apoyan sus decisiones en juicios valorativos de adhesión normativa, los cuales se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico. “Estos principios consistentes en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona serán justificados racionalmente mediante un constructivismo ético, un discurso moral [...] dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos”.⁴⁴⁵

1. LA IGUALDAD JURÍDICA O FORMAL

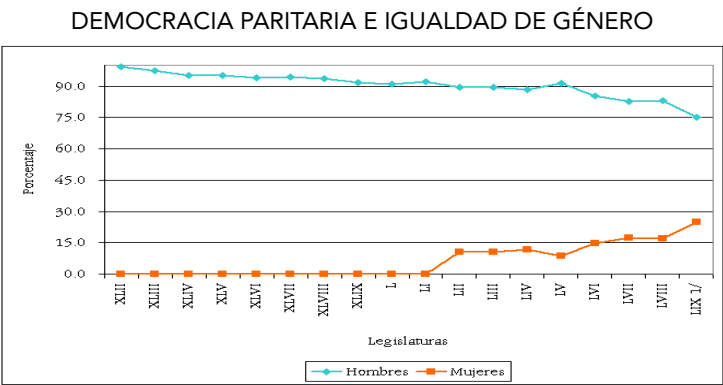
La igualdad jurídica y formal constituye un principio fundamental del Estado de derecho, es decir, la concepción de cómo todos los ciudadanos debemos ser tratados con imparcialidad y trato igualitario por parte de las instituciones, es decir, ser tratado con la misma medida y la misma vara. La igualdad jurídica consiste en que todos somos iguales ante la ley sin distinción de nacimiento o

⁴⁴³ RAWLS, John, Teoría de la justicia, op. cit., p. 103.

⁴⁴⁴ BARRY, Brian, Teorías de la justicia, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 373 y ss.

⁴⁴⁵ NINO, Carlos, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Astrea, 1989. pp. 91 y 109.

herencia, sexo, clase social o poder económico. La igualdad de derechos y libertades como ciudadanos nos conduce a la igualdad de género como un derecho fundamental de toda persona humana, no hemos alcanzado todavía una relación plenamente equitativa entre mujeres y hombres, por esta razón, hoy en día, el problema de equidad de género sigue constituyendo una de las principales exigencias, retos y desafíos de nuestros países latinoamericanos en vías de desarrollo.

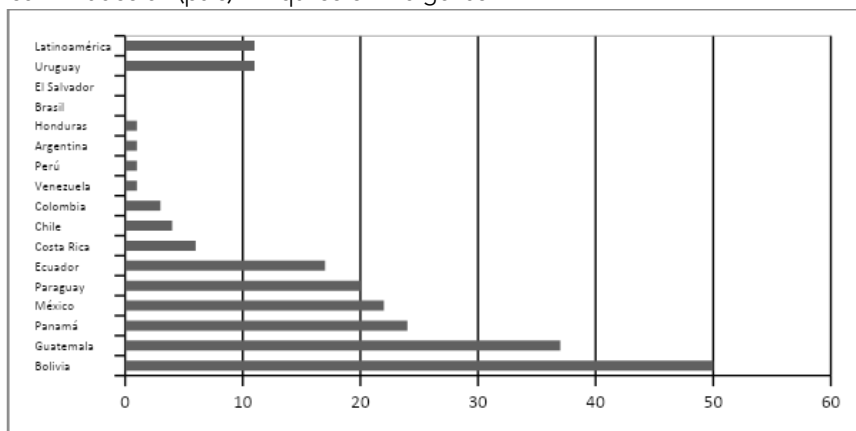


Fuente: Sexto informe de gobierno. Gobierno Federal, Presidencia 2006

El principio de igualdad se concibe fundamentalmente como un principio de no discriminación. En este sentido, no se puede hacer distinciones o diferencias en razón de criterios como la raza, la religión, el sexo, el origen social, es decir, el principio de igualdad implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente. En este aspecto, cualquier forma de discriminación constituye un atentado grave a la dignidad humana de toda persona. Discriminar a alguien es negarle a otro los derechos más elementales y el disfrute de los bienes a que tiene derecho; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, ideologías, mitos, valores clasistas o raciales, etc...) de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna. De este modo, discriminar o marginar es sinónimo de humillar.

**GRUPO SOCIAL FUERTEMENTE DISCRIMINADO:
INDÍGENAS AMÉRICA LATINA 2008**

P. Por lo que Ud. sabe o ha oído ¿Cuáles cree Ud. Son las personas o grupos más discriminados que hay en (país) o cree Ud. Que no hay grupos o personas discriminados en (país)? *Aquí solo "Indígenas".



Fuente: Latinobarómetro 2008

2. IGUALDAD MATERIAL: FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

La igualdad liberal o formal ha resultado ser demasiado insuficiente para paliar o disminuir las graves desigualdades a las que nos enfrentamos actualmente por lo que precisamos ampliar el horizonte de sentido, significación y efectividad del valor constitucional igualitario hacia formas plurales y diversas de implementación de una justicia compleja. Como el profesor Peces Barba nos advierte: "La igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor de solidaridad, en crear las condiciones materiales para desarrollar una libertad posible para todos y contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo"⁴⁴⁶. Mientras la igualdad formal demanda relaciones igualitarias en el terreno jurídico y político (igualdad de derechos y libertades), la igualdad material lo hará en el territorio económico y social (derechos sociales) para potenciar precisamente, la efectiva realización de la igualdad reconocida ya por las normas rectoras del Estado de derecho. La igualdad material tiende a equilibrar económica y socialmente las relaciones

⁴⁴⁶ Vid. DE LUCAS, J., El concepto de solidaridad, Fontamara, México, 1993; PÉREZ LUÑO, A. E., "Dimensiones de la igualdad material" en Anuario de Derechos Humanos, tomo 3, 1985.

humanas, y este equilibrio resulta indispensable para alcanzar una sociedad y Estado justo.

[...] en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano se lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para ser constreñido a venderse: cosa que supone por parte de los grandes moderación de bienes y de crédito, y por parte de los pequeños, moderación de avaricia y de ambición.⁴⁴⁷

En resumen, la fórmula de Estado social de Derecho consiste en aquel Estado que, basado en estos principios axiológicos y normativos⁴⁴⁸, que garantiza a todos los ciudadanos el acceso a una igualdad de oportunidades y recursos para el desarrollo de su personalidad.

LA DESIGUALDAD AUMENTÓ EN LAS ÁREAS RURALES
DURANTE LA ÚLTIMA DÉCADA, 1992-2002

Coeficientes de Gini						
	Ingreso			Gasto		
	Nacional	Urbana	Rural	Nacional	Urbana	Rural
1992	0.53	0.49	0.47	0.51	0.47	0.41
1994	0.54	0.50	0.44	0.52	0.48	0.40
1996	0.52	0.49	0.45	0.48	0.45	0.42
1998	0.54	0.49	0.49	0.49	0.45	0.44
2000	0.54	0.48	0.53	0.52	0.45	0.56
2002	0.51	0.46	0.49	0.50	0.45	0.48

Fuente: Cálculos del Banco Mundial a partir de metodología aprobada del CTMP para el cálculo del ingreso per cápita y las variables de gasto.

La desigualdad social en las zonas rurales experimentó un incremento significativo entre 1994 y 2005. El incremento de la pobreza en las zonas rurales ha generado niveles mayores de desigualdad social. Las distribuciones del ingreso per cápita⁴⁴⁹ muestran grandes disparidades entre las áreas urbanas y rurales. Más de 7 millones de mexicanos percibe menos de un

⁴⁴⁷ Cfr. ROUSSEAU, J. J., El Contrato social, Óp. cit.... p. 57.

⁴⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ MORENO, B., El Estado social, Naturaleza Jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas, Madrid, 2002.

⁴⁴⁹ Cfr. CORDERA, Rolando y PALACIOS, Ángeles, "La cohesión social en tiempos mutantes" en ¿Estamos Unidos Mexicanos?, los límites de la cohesión social en México, Editorial temas de hoy, México, 2001, p. 198.

salario mínimo, 5 millones no reciben ingresos monetarios y viven del autoconsumo. Se estima que la fuerza de trabajo ocupada en el sector informal representa por lo menos 28% del total de la población en México. En la actualidad, se estima que 26 millones de mexicanos, experimentan carencias en materia de nutrición, salud, educación y servicios básicos, y que están sujetos a fuertes limitaciones en términos de su capacidad para generar ingresos. La pobreza en los últimos años ha afectado a un sector de la clase media trabajadora que ha experimentado un proceso de deterioro o estancamiento relativo en los últimos años.

2.1 ACCIONES POSITIVAS PARA LA IGUALDAD: LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Las medidas de acción positiva o discriminación positiva son medidas que realiza el Estado para mejorar la situación de los grupos vulnerables que históricamente se han encontrado en desventaja ante otros, como es el caso de las mujeres. Dichas medidas implementadas por el Estado nacieron en el derecho norteamericano y tuvieron como principal inspiración la cláusula de igualdad contenida en la decimocuarta enmienda de la declaración de derechos de esa nación. Desde aquella perspectiva, las acciones afirmativas constituyen “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro.”⁴⁵⁰ De esta forma, desde el punto de vista teórico, las medidas de acción positiva deben contar con tres características o elementos esenciales⁴⁵¹:

- Es indispensable que una persona se halle en una situación en desventaja por su pertenencia a determinado colectivo respecto del grupo dominante;
- La puesta en práctica de dicha medida deberá suponer un beneficio inmediato para esa persona o colectivo;
- Finalmente, la última característica está relacionada con la finalidad perseguida por la medida, es decir, debe tener como objeto poner fin a la situación de desventaja en la que se encuentra determinado colectivo, es decir, reducir los niveles de desigualdad.

⁴⁵⁰ MARTÍN VIDA, María Ángeles, Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva, (prólogo de Gregorio Cámara Villar), Civitas, Madrid, 2003, p. 35.

⁴⁵¹ Ibid., p. 39.

Sin embargo, la adopción de nuevas perspectivas y concepciones de la igualdad también plantean una serie de desafíos mayores a la justicia constitucional, ya que muchas ocasiones son recurridas ante los Tribunales cuestiones relacionadas con la lesión de algún derecho individual del hombre en beneficio de los derechos de la mujer. Ejemplo de acciones positivas, las constituyen aquellas medidas tomadas por la administración pública a través de legislaciones para poner en igualdad de circunstancias en un contexto determinado. Esto se podría ver reflejado en las cuotas electorales consagradas en la Ley Federal Electoral (COFIPE) y que prohíben la sobrerrepresentación de un mismo género (no más del 60%), o en las prestaciones de seguridad social otorgadas a la mujer antes y después del embarazo, tanto en la Constitución como en la Ley Federal del Trabajo. A pesar de esto, observamos que en la LXI legislatura, elegida en 2009, las mujeres obtuvieron apenas el 28.2% de las curules (141 de 500), mientras que las senadoras sólo representan 17.2% (22 de 128 curules).⁴⁵²

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LÍMITES Y ALCANCES

El principio de igualdad y no discriminación ha sido objeto de numerosas interpretaciones por la Corte en nuestro país. Dos de los principales criterios orientadores en torno a este derecho fundamental son las jurisprudencias de la Primera Sala 55/2006⁴⁵³ y 37/2008⁴⁵⁴, relativas a los criterios o requisitos que deben cumplirse para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad a partir del principio de proporcionalidad jurídica. Al respecto, para determinar si el legislador respeta dicho principio, se establecen en la jurisprudencia cuatro fases, identificadas en el principio de proporcionalidad.

1. Es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida.

⁴⁵² APARICIO CASTILLO, Francisco Javier, Cuotas de género en México (Candidaturas y resultados electorales para diputados federales), TEPJF, México, 2009, p. 19.

⁴⁵³ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁴⁵⁴ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO Estricto de las clasificaciones legislativas (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, p. 175. Esta última jurisprudencia está compuesta por dos de los amparos de la anterior jurisprudencia (988/2004 y 846/2006).

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.
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.
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, 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.

Asimismo, la jurisprudencia 37/2008, de la Primera Sala, ha establecido que a partir del principio democrático y división de poderes, pueda hablarse de la discrecionalidad de la que goza el legislador al momento de la creación de leyes. La exigencia de ajustarse a los cánones de constitucionalidad descritos arriba, surgen a partir de la esfera constitucional a la que se encuentra obligado a respetar el legislador, y cuyo garante es el juez. Tal y como afirma dicha tesis: “la intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y dignidad de las personas [...] sin que ello implique el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo”.

De esta forma, tenemos que 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. Así mismo, dicho

principio exige que exista una relación de proporcionalidad entre la medida considerada y la finalidad constitucionalmente perseguida por la norma.⁴⁵⁵ Se ha determinado que los tratos diferenciados se encuentran prohibidos expresamente por el artículo primero constitucional, especialmente cuando atenten contra la dignidad humana o derechos y libertades de las personas.

Ahora bien, el principio de igualdad sustancial, justifica la existencia de medidas de acción discriminatorias, o lo que la doctrina contemporánea denomina discriminación positiva o 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.

En tal sentido, el juez mexicano reitera el criterio señalado al manifestar que “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 [...]”.

el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado [...]el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Como pudimos advertir, la regla de “no soportar un perjuicio desigual e injustificado”, se vuelve a reiterar en esta argumentación, y como más adelante veremos, en situaciones en que dicha desigualdad se manifieste, ésta debe encontrarse justificada en razones constitucionales.

⁴⁵⁵ 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.

3.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y TEST DE RAZONABILIDAD JURÍDICA

Tal y como indicábamos al final del capítulo dos del presente trabajo. El principio de proporcionalidad jurídica se ha convertido en una herramienta invaluable empleada por los operadores del derecho para limitar correctamente derechos o principios constitucionales. En tal sentido, se encuentra uno de los primeros casos resueltos por el máximo Tribunal en torno al principio de igualdad y no discriminación. Consistió en la separación del ejército mexicano de varios militares portadores del VIH. Según las leyes militares y de seguridad social que fueron aplicadas al presente caso, constituye una causa de retiro de las fuerzas armadas, quedar inutilizado debido a la seropositividad de los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana. El artículo referido dispone que, en caso de "inutilidad", el personal respectivo deberá ser separado de su puesto respectivo. El propósito de esta legislación es buscar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección a su integridad y la de terceros.

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, finalmente el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia. Entre los principales argumentos sostenidos por la Corte se enfocaron en establecer a través de un principio o test de proporcionalidad, 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.

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, 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, aunado a que existían distintas alternativas menos gravosas para los militares implicados, como el traslado a un área distinta, acorde con sus aptitudes durante el desarrollo del padecimiento; también se carecía 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.

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, 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.

4. EL DERECHO DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER

La ilustración del siglo XVIII, enriquecida por el pensamiento de filósofos de aquella época como Rosseau, Montesquieu, Diderot, culminó en el área constitucional con un proyecto ambicioso denominado Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A pesar de esto, el reconocimiento de la ciudadanía a la mujer, seguía siendo una aspiración en aquella época por lo que tuvimos que esperar siglos para que ésta fuera reconocida constitucionalmente. Incluso, autores ilustrados como el mismo Rosseau, sostenían la idea de la inferioridad de la mujer hacia asuntos de relevancia en

la esfera pública dada su incapacidad para controlar sus propios deseos e impulsos ilimitados⁴⁵⁶.

Ante este contexto de discriminación hacia las mujeres, existieron distintos movimientos de demanda y reconocimiento por la igualdad entre ambos sexos. Desde hace siglos, Mary Wollstonecraft, denunciaba en su famosa obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, la distribución del papel de la mujer en la vida pública, en contrarréplica a un escrito del filósofo británico Edmund Burke⁴⁵⁷, caracterizada por reservar al hombre el espacio público, dejando a la mujer el ámbito privado de las relaciones sociales⁴⁵⁸. Fue entonces como la escritora londinense decidió romper con la tradición y la clásica posición de subordinación de las mujeres hacia los hombres, ya que la configuración real de un modelo de derechos humanos no estaría completa hasta erradicar por completo dicha subordinación⁴⁵⁹. Por otra parte, en contrarréplica a la Declaración francesa de 1789, vendría la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana por Olimpia de Gouges, en 1791.

El proyecto ilustrado de la modernidad fue construyendo paulatinamente la vida pública en ausencia de la mujer, en contraposición a los mismos principios de universalidad de los derechos humanos que pregonaba el proyecto liberal. Posteriormente, fueron los movimientos feministas de fines del siglo XIX e inicios del XX, principalmente en el área del derecho al sufragio, los que abrieron la "caja de pandora" hacia la búsqueda de una igualdad entre hombres y mujeres.

Hoy en día, las vertiginosas transformaciones de la sociedad contemporánea apuntan hacia un nuevo modelo de relaciones entre los hombres y las mujeres, a diferencia de los existentes en épocas pasadas. La doctrina

⁴⁵⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Emilio o de la educación*, (trad. de Mauro Fernández Alonso de Armiño y prólogo de Mauro Fernández Alonso de Armiño), Alianza, Madrid, 1998, p. 483.

⁴⁵⁷ BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Ediciones RIALP, Madrid, 1989.

⁴⁵⁸ WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, (trad. de C. Martínez), Cátedra, Valencia, 1996, p. 131.

⁴⁵⁹ 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.

contemporánea⁴⁶⁰ ha podido distinguir tres modelos de relaciones, que explicamos a continuación.

- El modelo de dependencia de la mujer respecto del varón. En este modelo se exaltaba que las diferencias físicas entre ambos géneros determinaban el papel que desempeñaría la mujer en la sociedad, reservado exclusivamente al ámbito privado y otorgando preponderancia al hombre en la esfera pública.
- El modelo de independencia-equiparación asimilacionista. En este modelo la mujer buscaba la igualdad y el acceso a los derechos otorgados exclusivamente a los hombres, pero asimilando el modelo masculino, sin dar relevancia a las diferencias físicas naturales.
- El modelo de interdependencia-corresponsabilidad. El tercer modelo defiende una igualdad en la diferencia. Es decir, lucha por que ambos sexos estén debidamente presentes tanto en el ámbito público y privado, respetando en todo momento las diferencias biológicas entre ambos sexos.

Este último modelo (que predomina en nuestra sociedad contemporánea) plantea una serie de exigencias y demandas difíciles de cumplir en aquellos sistemas sociales, políticos, económicos y culturales tradicionalmente patriarcales, ya que dada su dinámica exigen un conjunto de acciones de parte del Estado para lograr la igualdad real y efectiva entre los dos géneros. Resultaría atrevido de nuestra parte ubicar a México dentro de aquellas sociedades patriarcales en las cuales ha sido difícil cumplir con las normas y directivas internacionales en esta materia⁴⁶¹. Sin embargo, observamos que aún falta un largo camino por recorrer en la implementación de políticas públicas y normas jurídicas eficientes para integrar armónicamente a las mujeres a la vida pública y proporcionar mejores sistemas de oportunidades en puestos de responsabilidad en el sector privado.

⁴⁶⁰ ELOSEGUI ITXASO, María, Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres (Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy), (prólogo de Juan José Gil Cremades), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003, pp. 26-30. LACEY, Nicola, "Feminist legal theory and the rights of women" en KNOP, Karen, (Edit.), Gender and Human Rights, Oxford University Press, New York, 2004, p. 16.

⁴⁶¹ Al respecto, podemos mencionar por ejemplo el aumento significativo en 2007, de 10.2% a 13.4%, de la violencia en contra de las mujeres. Ver: Resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2006, Instituto Nacional de las Mujeres, México, 2008, p.6. Por otra parte, en lo que respecta al promedio de horas dedicadas al trabajo doméstico, mientras que para las mujeres el tiempo es de 42.36 horas, para los hombres apenas es de 9.37 horas. Fuente: Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo 2002, INMUJERES, México.

Antes de continuar, nos gustaría definir algunas cuestiones relacionadas con el tema que ahora se aborda. El género es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: "conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes", mientras que el feminismo es definido como una "doctrina social favorable a la mujer, a quien concede capacidad y derechos reservados antes a los hombres". En este mismo sentido, la perspectiva de género es un "instrumento de análisis que nos permite identificar las diferencias entre hombres y mujeres, para establecer acciones tendientes a promover situaciones de equidad [...] Por tanto, su finalidad consistirá en el diseño de políticas e instrumentación de programas y operación de proyectos que permitan promover el cambio de creencias o modelos que impiden el desarrollo pleno de las y los seres humanos."⁴⁶²

Existen ciertas confusiones cuando se hace referencia a los derechos de las mujeres, ya que resulta complicado distinguir los derechos propios del género femenino (licencia por embarazo, periodo de lactancia, derechos sexuales y reproductivos) y los demás Derechos Fundamentales de ambos sexos, pero en los cuales la mujer ha sido relegada a un segundo plano, en contraste con el actuar del hombre, es decir, los derechos de las mujeres constituyen en sí, Derechos Fundamentales específicos que ha creado el constituyente en razón de las desventajas históricas que ha tenido ésta frente al varón. Por ejemplo, no resulta lo mismo la promoción en empresas a puestos de cargos de gran responsabilidad para las mujeres que para los hombres, ya que influye en muchas ocasiones el carácter biológico de una posible maternidad o su misma situación de madre, que la convierte en un sujeto menos apto para el desempeño de actividades laborales que requieren una dedicación extraordinaria, e incluso, de sacrificios familiares.

La legislación más avanzada en materia de igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres es la europea. España y Alemania se encuentran entre los primeros lugares en ofrecer oportunidades laborales y sociales para las mujeres. Los criterios de ambos países, así como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, servirán para comprender los modernos criterios que han servido para solucionar casos difíciles en aquellas latitudes. Existe una marcada diferencia entre el sistema europeo y el sistema americano de protección y defensa de los derechos de las mujeres. Mientras que el primer

⁴⁶² SILVA ROSALES, Patricia, "El género en la sociedad" en AA.VV. *Perspectiva de Género*, (Julia del Carmen Chávez Cerapia coord.), Plaza y Valdez-ENTS-UNAM, México, 2004, pp. 17-19.

modelo cuenta con normas y directrices específicas para la defensa de estos derechos, en América Latina aún nos encontramos en una fase prematura de desarrollo de instrumentos para lograr la efectividad de los derechos. En nuestro continente, contamos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y de manera específica, tenemos la Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer (Montevideo, 1933), la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (Bogotá, 1948), la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará, 1994). En el sistema europeo se cuenta con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), especialmente el artículo 13; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), particularmente los artículos 21, 23, 24, 25, 26 y 33; la Carta Social Europea. Por otra parte, en el sistema universal de defensa y protección para los derechos de la mujer contamos con los siguientes instrumentos.

- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952);
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967);
- La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974);
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés), así como su Protocolo Facultativo y su recomendación sobre la protección de la maternidad; y
- El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Relativo a la Revisión del Convenio sobre la protección de la Maternidad.

Otro de los instrumentos internacionales fue la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en el año de 1995, donde se reafirmó el compromiso celebrado con anterioridad en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. En dicha Conferencia se abordó el problema de la discriminación de facto hacia las mujeres, sustentando que “para la eliminación de la discriminación

contra la mujer no basta un cambio jurídico”, sino que era necesario modificar los prejuicios y costumbres arraigados en una idea de inferioridad o superioridad basadas en el género⁴⁶³.

Precisamente, esta última cuestión referente a la igualdad real y efectiva entre los hombres y mujeres ha sido redefinida por la doctrina constitucional contemporánea de los Derechos Fundamentales. En la actualidad, la fórmula del Estado Democrático y Social de Derecho (presente en gran parte de las constituciones europeas, pero ausente en el texto fundamental mexicano) ha permitido la reinterpretación del clásico modelo de igualdad formal o legal que predominó por largos años en los Estados de Derecho durante gran parte del siglo pasado, la cual reducía la igualdad a un mero asunto de legalidad, dejando de lado las nuevas necesidades y problemas sociales que exigían a la jurisdicción constitucional resoluciones ajustadas a un modelo de Estado más equitativo. Por ejemplo, el establecimiento de prestaciones sociales distintas a las mujeres trabajadoras no son las mismas que las otorgadas a los hombres, y sin embargo, esto no implica que se rompa la igualdad entre los sexos; incluso, algunas legislaciones como la alemana han ido más allá, (Ley Reguladora del Permiso de Paternidad y la Reducción de Jornada por Cuidado de Hijo) buscando fomentar la crianza de los hijos por parte de los padres, sin que esto perjudique los derechos sociales adquiridos por éstos.

De tal forma, para algunos tratadistas la igualdad debiera ser entendida como “la concreción de criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, a través de la creación de las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”⁴⁶⁴. Así, los teóricos distinguen dos dimensiones en torno a la igualdad: la formal y la sustancial. La primera hace referencia al principio de la igualdad ante la ley. Ésta aparece como una exigencia de que todos los ciudadanos se encuentren sometidos a las mismas normas y tribunales. Por otra parte, la igualdad material o sustancial, se encuentra íntimamente vinculada con el principio de Estado

⁴⁶³ GARCÍA DEL REAL, Carlota Bustelo, “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” en AA. VV. La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995, (Edición de Fernando M. Mariño Méndez), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos <<Francisco de Vitoria>>-Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 34.

⁴⁶⁴ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, op. cit., p. 283.

Democrático y Social de Derecho, conforme a dicha concepción material-formal de la igualdad, la dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización⁴⁶⁵, es decir, implica la integración de aquellas personas que han sido socialmente desfavorecidas por distintas circunstancias, como es el caso de las mujeres.

5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 CONSTITUCIONALES

Los artículos 12 y 13 de la Constitución Federal consagran el principio de igualdad y no discriminación. El primero de ellos, establece la prohibición de títulos nobiliarios en el Estado mexicano de cualquier carácter, así como cualquier otro concedido por otro país, quedando exceptuados aquellos títulos otorgados como consecuencia de alguna labor científica, social, humanitaria, cultural. A diferencia de países con monarquía constitucional, como Inglaterra o España, donde se detentan aún cargos hereditarios, de sucesión de la corona. México ha sido un país de contrastes y desigualdades económicas, políticas y sociales abismales. Las castas durante el siglo XIX son ejemplo del sistema de privilegios y discriminación en la sociedad mexicana. Fue hasta la Constitución de 1857 cuando sucedió la reforma que plasmó por primera vez esta prohibición de manera expresa. En relación al principio de igualdad y la discriminación, la Corte Interamericana ha manifestado a través de distintas Opiniones Consultivas lo siguiente.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Dimensiones de la igualdad, op. cit., p. 38.

⁴⁶⁶ Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Tal y como sosteníamos, México tiene una situación diferente por su historia y tradición política y social. Por ello, el legislador durante el siglo XIX decidió plasmar esta prohibición de títulos, prerrogativas u honores hereditarios. A diferencia del Estado Español, cuya Constitución consagra en el artículo 57 la institución de la monarquía, a tal grado de indicar la sucesión de la corona a partir de distintas reglas que ahí se plasman (por línea de proximidad).

El artículo 13 es de suma relevancia para el Estado de Derecho y la vigencia del principio de igualdad en este país. El primer párrafo: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales", consagra lo que en la teoría de los derechos humanos se conoce como el principio de igualdad ante la ley. Tal y como sosteníamos en epígrafes anteriores, para que existan diferenciaciones en la aplicación de la ley, deben existir razones legítimas, adecuadas, necesarias y proporcionales, además de cumplir con el requisito de razonabilidad jurídica. La SCJN ha entendido y diferenciado entre las dos categorías señaladas (leyes privativas y leyes especiales).

Por una parte, "las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional."⁴⁶⁷ La última parte del artículo le brindaremos especial atención en el siguiente apartado, dado que ha sido uno de los temas más emblemáticos y que más ha impactado en el Estado de Derecho de este país.

⁴⁶⁷ LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Registro: 196732; Jurisprudencia, [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, Marzo de 1998; Pág. 7.

5.1 LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PROBLEMA DEL FUERO MILITAR

Uno de los principales y más graves problemas en la actualidad que sufre el Estado moderno es el terrorismo. Sobre dicho fenómeno, Naciones Unidas ha manifestado que éste se ha constituido como una "grave manifestación de violencia deliberada y sistemática dirigida a crear caos y temor en la población, genera muerte y destrucción y constituye una actividad delictiva repudiable."⁴⁶⁸ Los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos de Norteamérica, ocasionaron una de las crisis más graves de seguridad pública en aquel país, provocando en consecuencia la existencia de una innumerable cantidad de leyes discriminatorias y violatorias de Derechos Fundamentales, tal y como es la Ley Patriótica (Patriotic Act) entre las que se encuentran la posibilidad de detener a un extranjero durante siete días como medida preventiva sin tener que presentar cargos contra él, si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista, intervenir teléfonos o cuentas de Internet asociadas a un supuesto terrorista sin tener que lograr una orden judicial para cada uno de los números. Con ello la policía queda capacitada para interceptar comunicaciones de ciudadanos completamente inocentes, agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones, así como la necesidad de legalizar ciertas formas «atenuadas» de tortura.⁴⁶⁹ Sin embargo, en aras de mantener el orden interno, los Estados no pueden, bajo ninguna circunstancia, hacer uso de medios ilimitados, especialmente cuando se refiere al uso de la fuerza.⁴⁷⁰

La constante presencia del aparato militar y policial en las principales líneas de acción dentro de la seguridad pública y de la vida cotidiana de la población exponen la clara evidencia de la importancia de regular y observar sus actuaciones. Como ya sabemos, desde el 2006 su presencia es acusada y hegemónica, así como exponencial. La creciente y acelerada reproducción de cuerpos militares dejó un hueco dentro del derecho, es decir, no hay un marco jurídico regulatorio de sus acciones. Desde esta nueva campaña

⁴⁶⁸OEA Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo (Lima, Perú, abril de 1996)

⁴⁶⁹ RIVERA, I., "La guerra como racionalidad geopolítica constitutiva. (Nuevamente) sobre el concepto del enemigo" en VV. AA., *Rastros de Dixan. Islamofobia y construcción del enemigo en la era post 11-S*, Virus Editorial, Barcelona, 2009, pp. 13-36.

⁴⁷⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numerales 86-91.

“antidrogas” se han dado innumerables casos donde el uso desproporcional de la fuerza pública. Casos de desaparición forzada, la violación sexual de mujeres indígenas, tortura y detención arbitraria de decenas de personas a lo largo de la República son sólo algunos de los casos documentados por asociaciones y organismos nacionales e internacionales. Durante 2009, Human Rights Watch publicó un análisis del uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narco y de seguridad pública, basado en testimonios de las víctimas y expedientes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.⁴⁷¹

Una de las causas torales por las cuales esto sigue sucediendo es la ineficaz actuación del sistema de justicia militar y policial, ya que los responsables no son sancionados, incluso, si quiera son reconocidos. Esto se debe principalmente a que no se tienen los instrumentos jurídicos y políticos de regulación y control del uso de la fuerza pública, así como la sesgada y parcial investigación de estos crímenes, ya que la mayoría de estos casos son investigados y juzgados por los propios tribunales militares que carecen de mecanismos que garanticen el debido proceso. Asimismo, nuestro sistema militar y policial se encuentra a gran distancia de lograr cumplir cabalmente con la obligación de impartir justicia; la poca transparencia de los procesos de despliegamiento de sus *modus operandi* y de sus resultados oscurece el horizonte del porvenir de nuestro sistema político-social.

Las resoluciones de la Corte en materia la incorporación de la milicia en el combate al crimen organizado, datan de 1996. En aquel entonces, se resolvió una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba la violación al artículo 129 constitucional⁴⁷², ya que se permitía la incursión de los militares en asuntos de seguridad pública. Al respecto, la Corte 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

⁴⁷¹ HUMAN RIGHTS WATCH, Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública, USA, 2009, pp. 42-69, disponible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico0409spwebwcover.pdf> (11/11/10, 23:30 hrs)

⁴⁷² 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.

respeto a los derechos humanos y la seguridad pública.⁴⁷³ De esta forma, al no existir criterio alguno de parte del constituyente en la reforma constitucional penal más reciente, la actuación de la autoridad militar se encuentra permitida únicamente cuando los militares se encuentren subordinados a la autoridad civil, tal y como subrayó la Suprema Corte de Justicia en su momento.

Como consecuencia de la presencia cada vez más activa de los militares en el restablecimiento del orden interno, se ha producido lo inevitable, la militarización de la seguridad pública en nuestro país. Los efectos negativos de esta política pública son la falta de profesionalización a las fuerzas armadas en el combate a la delincuencia. Incluso esto proviene de la misma naturaleza que tiene el ejército, que al no estar acostumbrada a temas de seguridad pública, la misma institución ha carecido de los elementos suficientes para desarrollar plenamente la labor que es encomendada por el Poder Ejecutivo Federal. A lo anterior, se le añade la inexistencia de una reglamentación clara y efectiva que regule cada uno de los procesos en los que interviene el ejército militar, y especialmente el asunto que ahora nos concierne, los alcances y límites que puede tener el fuero militar, caso que será analizado a continuación. Cabe advertir, que fue hasta 2011 que 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.⁴⁷⁴ 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, y dotando de certeza al plano hermenéutico y argumentativo, a través de un análisis frontal de los principios constitucionales en conflicto.⁴⁷⁵

A pesar de esto, la lucha por la igualdad ante la ley, ha sido una de las batallas legales y de derechos humanos más largas por las Organizaciones Civiles de la materia. El planteamiento de las violaciones ha trascendido más

⁴⁷³ Acción de Inconstitucionalidad 1/96.

⁴⁷⁴ 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.

⁴⁷⁵ 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.

allá de las fronteras mexicanas y han existido pronunciamientos por organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano por aplicar el fuero militar, aun en aquellos casos donde estaban involucrados civiles inocentes y víctimas de familiares cuya milicia había violado derechos humanos.

La primera negativa de la SCJN ha debatir sobre el fuero militar se dio con el 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, éste declinó su competencia para conocer las averiguaciones a favor de la Procuraduría de Justicia Militar, consignando a los cinco militares presuntamente responsables. La esposa de uno de las víctimas acudió al juicio de amparo, con la finalidad de impugnar esta situación, pidiendo que se declarara inconstitucional el precepto señalado arriba, al caso en particular. Lo anterior, debido a que consideraba que dicha normatividad vulneraba los límites establecidos en el artículo 13 de la Constitución Federal.

El proyecto inicial del ministro José Ramón Cossío 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. El punto medular de la negativa de la Corte 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.”⁴⁷⁶

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”⁴⁷⁷, 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 del proyecto, se determina que el carácter de víctima u ofendido en el proceso penal del demandante, no permitía que ésta pudiera impugnar a través del juicio de amparo, cualquier acto reclamado dentro del proceso penal, ya que la participación de ésta no era la misma a la del actor del delito. Es decir, dentro del catálogo de Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución en su artículo 20, apartado b), no se desprendía ningún derecho a favor de ésta. La Corte concluye su argumento, calificando el principal agravio de la quejosa como inoperante, debido a que la determinación de lo dispuesto por la referida norma constitucional era una cuestión que atañía al fondo del asunto.

Esta situación resultó a todas luces irrazonable y violatoria de derechos humanos, a pesar de que la SCJN o el PJF no pueden, desde el punto de vista formal, violarlos, pero observamos que materialmente existieron argumentos bastante débiles para justificar su resolución. Al respecto, el Ministro José Ramón Cossío, elaboró un proyecto coherente y suficiente en argumentos sólidos para analizar las violaciones cometidas. 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 detención la evolución que ha tenido el fuero militar, desde la Cádiz hasta la Constitución actual. En un principio, manifiesta

⁴⁷⁶ Amparo en Revisión 989/2009, p. 89.

⁴⁷⁷ Amparo en Revisión 989/2009, p. 94.

que los fueros eran privilegios concedidos a favor del personal de la milicia, dadas las condiciones en las que vivía nuestro país en aquél entonces. Tiempo después, el constituyente del '57 reformó el artículo 13 de la Constitución, quedando establecido que el fuero de guerra subsistía para aquellas faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar.

Desde la perspectiva del ministro Cossío, las preguntas a dilucidar eran las siguientes: ¿el artículo 13 constitucional prohíbe que los Tribunales militares conozcan de asuntos que versan sobre delitos del orden común o federal y/o en los que está involucrado un civil como sujeto pasivo? ¿hay razones constitucionales que informan por qué es deseable que los tribunales ordinarios ejerzan jurisdicción sobre aquellas controversias penales que versan sobre conductas delictivas ajeas al orden militar o en las que interviene en su carácter de ofendido o víctima? ¿hay alguna justificación constitucional para considerar que el grado en que tal garantía (prohibición de fuero) ha de protegerse debe variar en razón de la calidad de la persona que está involucrada en el proceso penal?

Sin duda alguna, la formulación clara y frontal de las cuestiones no deja lugar a duda, de que se deseaba responder de manera exhaustiva y precisa a la petición formulada inicialmente por la demandante. Posterior a ello, se lleva a cabo un análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos para dilucidar los límites del fuero militar, citando incluso precedentes de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Concluyendo finalmente lo siguiente:

Para que el fuero militar sea compatible con los estándares internacionales, debe cumplir al menos con los siguientes elementos:

- a) Estar destinado a juzgar sólo a militares por delitos militares.
- b) Tener sólo competencia para conocer de delitos o faltas militares, esto es, aquellos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.
- c) No tener jurisdicción sobre civiles bajo ninguna circunstancia.
- d) No tener competencia para conocer de asuntos en los que la víctima u ofendido sea un civil aunque el delito sea cometido por un militar, y
- e) No tener competencia para juzgar violaciones a los derechos humanos.

La sucesiva interpretación 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, proponía declararlo inconstitucional, por ir en contra del artículo 13 de nuestra Constitución. Por ende, los Tribunales militares no podrían 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).

Justificar el conocimiento de los delitos del orden común a los Tribunales Militares, implicaría adoptar un criterio meramente personal, por consiguiente, violatorio de los derechos consagrados en el artículo 13 de la Constitución Federal.

5.2 FUERO MILITAR Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CIDH: INCONVENCIONALIDAD DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Bien decíamos arriba, la lucha por la igualdad ante la ley por la cuestión del fuero militar ha sido una lucha incesante de ir y venir, recaída en última instancia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, diversas organizaciones de derechos humanos en el país, promovieron una denuncia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por la violación al principio de igualdad, en razón del fuero militar, debido a que varias personas habían sido víctimas de diversas violaciones por parte de miembros del ejército en México. En tal sentido, al momento de reclamar ante el Estado mexicano por una investigación independiente y acorde a los parámetros legales establecidos, éste se negó, y llevando el caso finalmente a una resolución por parte de la CIDH.

La primera sentencia es la del Señor Radilla Pacheco vs. México, dictada el 23 de noviembre de 2009. Fue la segunda sentencia condenatoria dictada por este organismo internacional (la primera fue el caso Castañeda). 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:⁴⁷⁸

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

⁴⁷⁸ Pár. 233 de la Sentencia.

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

Uno de los temas más delicados y que tiene relación directa con el caso “El Halconazo”, que hemos relatado en párrafos anteriores, el gobierno mexicano argumentó ante la Corte que el tipo penal de desaparición forzada había sido creado apenas en 2001, incorporado por medio de la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas. Por este motivo, el gobierno consideraba ilegal y violatoria del principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, la detención de un posible responsable en el año 2005, el comandante Francisco Quiroz Hermosillo. Sin embargo, ante tal afirmación, la Corte fue tajante (párrafos. 239 y 240):

La Corte observa que el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001 (infra Pár. 319), es decir, con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el Juez de Distrito en turno realizada en agosto de 2005 (supra Pár. 188). En tal sentido, el Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la Corte Constitucional de Colombia e, inclusive, la propia la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (supra nota 31).

Para este Tribunal es inadmisibles el alegato del Estado conforme 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. La Corte considera que 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.

Ahora bien, en lo que respecta a las actuaciones encaminadas al descubrimiento de la verdad de los hechos en el fuero militar, se impugnaron varias situaciones. La imposibilidad 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 de igual forma 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.⁴⁷⁹ 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.⁴⁸⁰ Y más aún, se condenó el alegato de la autoridad mexicana, al invocar la reserva realizada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que reconocía el fuero de guerra, cuando el militar se encontrara en servicio. Respecto de ello, se determinó:

311. Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es

⁴⁷⁹ Pár. 273 de la sentencia.

⁴⁸⁰ Pár. 297 de la sentencia.

indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, 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.

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 juzgamientos 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”.

También existieron más pronunciamientos. Otro de ellos, es la resolución en el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 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 y no por militares como sucedió. Conforme al criterio empleado por la misma CIDH en el Caso Rosendo Radilla, se decidió finalmente 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.⁴⁸¹ 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, incumple con el derecho a una tutela de justicia efectiva, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la solicitud de la CIDH al estado mexicano es igual 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...”⁴⁸².

Finalmente, se encuentra el caso de Fernández Ortega vs México. 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. Posterior a ello, Fernández Ortega interpuso la denuncia correspondiente, llevándose de una manera lenta y negligente las subsecuentes diligencias, ocurriendo una de las cuestiones más ominosas y lamentables del proceso: el Estado 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.⁴⁸³ Finalmente, se condenó a México por la violación de los derechos de

⁴⁸¹ SCIDH Rosendo Cantú vs México, Pár. 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”.

⁴⁸² SCIDH Rosendo Cantú vs México, Pár. 222.

⁴⁸³ SCIDH Fernández Ortega y otros vs México, Pár. 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.”

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. La CIDH reiteró de nueva cuenta lo dicho en la sentencia de Radilla Pacheco, al afirmar que la tortura en contra de la víctima, de ninguna forma se encontraba relacionada con la disciplina militar o la misión castrense. Cuestión por la cual, el Estado mexicano fue condenado por no haber proporcionado a la víctima, para impugnar la competencia de la jurisdicción militar.⁴⁸⁴ Por este motivo, solicitó al Estado mexicano que las personas pudieran contar con un recurso efectivo para impugnar la intervención de la jurisdicción militar, así como la revisión al mencionado artículo del Código de Justicia Militar y la interpretación del artículo 13 Constitucional, referente al fuero militar.

Los pronunciamientos de este organismo internacional, resultan ser un indicativo bastante negativo sobre lo que sucede en nuestro país, acerca de la ineffectividad de los recursos internos para impugnar la competencia del fuero militar. La argumentación de la SCJN, como ya lo hemos visto, ha variado en torno al desechamiento de los casos, en atención a una presunta inexistencia de interés jurídico, aun cuando sea la propia víctima del delito quien lo solicite y dejando a argumentos de autoridad (causales de improcedencia de la Ley de Amparo) meramente simplistas y legalistas, decisiones de gran trascendencia para la vida política y social del país. Hasta 2011, de los casos expuestos en este apartado, en ninguno de ellos el Poder Judicial Federal se había atrevido a entrar de manera plena al debate de estos asuntos, a pesar de los estudios relativos a los derechos de las víctimas, fuero militar, restricciones lo han realizado ya en diversas ocasiones tanto la CIDH, como el voto de minoría en la misma Corte en un principio.

Tal y como hemos indicado líneas arriba, el pronunciamiento y modificación jurisprudencial en torno al tema del fuero militar fue a través de la resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, el 14 de julio de 2011. En dicha sentencia se concluyó que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia podía

⁴⁸⁴ SCIDH Fernández Ortega y otros vs México, párrs. 239-240.

operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Resultando el artículo 52, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.⁴⁸⁵ Argumentos que habían sido expuestos atrás en los votos de minoría del propio Pleno de la Corte. Posteriormente, el 21 de Agosto de 2012⁴⁸⁶, este mismo órgano ha declarado la inconstitucionalidad del artículo del Código de Justicia Militar en cuestión, invocando el propio Caso Radilla, los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reforma constitucional sobre esta materia.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO V

Matrimonio homosexual: principio de igualdad y no discriminación

El artículo 143 del Estado de Oaxaca señala: "el matrimonio es un contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer".

Hechos:

Una pareja de lesbianas acuden al Registro Civil para contraer matrimonio. Se niega su registro, en virtud de que el artículo citado no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Las partes afectadas recurren esta decisión a través de un amparo. Argumentan que el citado artículo del Código estatal es violatorio del principio de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual, contemplado por el artículo 1,

⁴⁸⁵ Pár. 40 a 43. Caso Radilla. Expediente varios 912/2010.

⁴⁸⁶ 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.

último párrafo de la CPEUM. Argumentar que resulta discriminatorio pues incluye una discriminación por razón de sus preferencias sexuales.

Consulta el precedente relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelto por la SCJN, sobre los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal, sobre el concepto de familia. Fundamenta y motiva tu decisión. 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.”

1. ¿Qué es una cláusula sospechosa dentro de la dogmática de los Derechos Fundamentales?
2. ¿Forma parte de los Derechos Fundamentales el contraer matrimonio? Consulta la Convención Americana sobre Derechos Humanos
3. ¿Es violatorio del principio de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual lo establecido por el Código Civil del Estado de Oaxaca?
4. ¿Existe un concepto de familia único acorde a lo establecido por la CPEUM, la CADH, y el PIDCP?

CAPÍTULO VI LOS DERECHOS DE LIBERTAD

I. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD

El principio de la libertad humana puede ser visto desde distintos enfoques y dimensiones debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de investigación de la Filosofía del Derecho, estas categorías aportan un alto grado de confusión en lo que respecta tanto a su reflexión doctrinal-ideológica como en su tratamiento técnico-jurídico como principios fundacionales de los Derechos Fundamentales, garantías procesales y su aplicación en el Estado Constitucional. En ese sentido, al igual que podemos hablar de diversos modos de igualdad: jurídica, formal, política, material, de

oportunidades, de recursos y bienes, del mismo modo, podemos hablar de diversidad de sentidos de libertad: libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marshall), libertad positiva o negativa (Berlín).

El filósofo liberal inglés John Stuart Mill cree en protección del individuo y su libertad frente a la intromisión ilegítima del Estado. Pero nos advierte que existe otra intromisión mayor y más peligrosa: la tiranía de la opinión. En su breve ensayo titulado *On Liberty* nos advierte también de como el verdadero peligro de la democracia no es el despotismo; sino la tiranía de la mayoría, de la igualdad, de la colectividad mediocre, un falso igualitarismo pernicioso para el desarrollo y la libertad individual. La muchedumbre con su imposición de las costumbres puede empobrecer e impedir el desarrollo de los individuos y de un pueblo. "[...] la esfera propia de la libertad humana comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones y de sentimientos, sobre cualquier asunto práctico, especulativo, científico, moral o teológico."⁴⁸⁷

El filósofo político norteamericano John Rawls ha sido uno de los grandes pensadores en conceptualizar la relación entre libertad e igualdad.⁴⁸⁸ Rawls es consciente de que no hay libertad sin igualdad. El concepto de igualdad no tiene nada que ver con el igualitarismo gregario propio del socialismo real practicado en los regímenes comunistas. En este sentido, opta por una posición conciliadora: ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que dé lugar a las uniformidad, homogeneización y anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda, descarte o margine la libertad completamente a favor de la igualdad. Como pensador liberal, la libertad es la categoría fundamental y principal de su pensamiento, pero sin descartar los otros dos ideales ilustrados, igualdad y fraternidad que vienen expresados en los dos principios de justicia, el principio de libertad y principio de diferencia, ambos presentes en toda su obra.

⁴⁸⁷ Cfr., STUART MILL, J. *Sobre la libertad*, Aguilar Ediciones, Barcelona, 1985. p. 40.

⁴⁸⁸ Rawls acepta las virtudes del capitalismo y la economía de mercado; pero tratando de paliar las desigualdades que esa economía libre provoca. Cfr. RUBIO CARRACEDO, J., "Paradigmas de la obligación política", en *Revista Sistema*, nº85, pp. 89-106. También recogido en su libro *Paradigmas de la política*. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick), Antropos, Barcelona, 1990.

1. LA LIBERTAD POSITIVA Y LA LIBERTAD NEGATIVA

El valor de la libertad se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad, debido a su constante tensión como principios fundamentales en el Estado Constitucional, en adición a esto, resulta importante referir que ante un concepto de justicia distributiva, podría encontrarse la concepción libertaria de no interferencia en la autonomía del individuo, caso de la teoría de Nozick, por ejemplo. A pesar de lo anterior, coincidimos en que el valor de la libertad sigue siendo fundamental para la democracia constitucional, y compatible con el concepto de igualdad formal y sustancial.

Algunos autores han identificado tres clases de libertades: la social, la política y la jurídica⁴⁸⁹. Otra postura es la del profesor Isaiah Berlin. Por un lado, la libertad negativa es aquella que se define por la ausencia de coacción externa al individuo que desee realizar un curso de acción determinado. En este sentido, significará la ausencia de obstáculos para el logro de los deseos de un hombre. Mientras que la libertad en sentido positivo es la capacidad para hacer algo, se refiere a la ausencia de frustración y a la ausencia de obstáculos que impidan posibles decisiones y actividades, la ausencia de obstrucciones en los caminos por los que un hombre decide andar⁴⁹⁰.

De esta forma, la libertad negativa es “aquella en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”⁴⁹¹. Mientras que la libertad positiva es “aquella en la cual una determinada situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”⁴⁹².

2. LA PROHIBICIÓN DE ESCLAVITUD

Tal y como indicábamos arriba, el principio de libertad está íntimamente relacionado con el de igualdad. La CPEUM determina en su artículo primero, párrafo segundo la prohibición de esclavitud en el territorio mexicano,

⁴⁸⁹ PECES BARBA, G. M., Curso de Derechos fundamentales, op. cit., p. 226.

⁴⁹⁰ BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos sobre libertad” en Cuatro ensayos sobre la libertad, (versión de Julio Bayón), Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 215-280.

⁴⁹¹ BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona, 1993, p. 97.

⁴⁹² Ibid., p. 100.

extendiendo dicha protección a cualquier persona que ingrese en el mismo. No obstante la realidad dista mucho de la consagración normativa. La arbitrariedad, la marginación o la discriminación se han convertido en una forma de vida o actitud común de nuestro tiempo y nuestra sociedad. En la actualidad, en nuestras sociedades mucha gente vive discriminada, apartada o segregada. La inmigración nacional interna producto del progreso y crecimiento económico de nuestra región ha atraído a numerosos compatriotas que con frecuencia pueden padecer estas formas de discriminación. Incluso, podemos constatar como la delincuencia, en un alto porcentaje, se nutre frecuentemente de la marginalidad, discriminación, resentimiento, odio ante la fuerte polarización social y económica que existe en nuestras ciudades.

Artículo 1o.

...

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Históricamente podemos reconocer que la esclavitud constituyó una práctica generalizada muy normal en otras épocas, culturas y sociedades, podemos igualmente encontrar otros ejemplos como la subordinación histórica de la mujer al hombre desde nuestra larga herencia patriarcal judeo-cristiana; las prácticas de explotación laboral infantil; pero, indudablemente, nos encontramos en un nuevo contexto donde surgen nuevos derechos, nuevas sensibilidades, nuevas demandas que deben renovar nuestra sociedad hacia fórmulas más democráticas, igualitarias, abiertas y tolerantes. La negación de la esclavitud o de trabajos forzados o explotación laboral constituye una consecuencia del principio de dignidad humana y de respeto, es decir, que se deriva inmediatamente del principio del respeto recíproco. Por tanto, cualquier ley que ampare estas formas de dominación humana está en contradicción con los principios jurídicos universales del Derecho justo.

La desigualdad se ha convertido en una forma de vida para nuestra sociedad. En nuestras sociedades existe mucha gente que vive discriminada, que se siente apartada o segregada. El color de la piel, la lengua que se habla (lenguas indígenas), el sexo, el poder adquisitivo pueden ser rasgos diferenciadores que nos lleven a actitudes de discriminación. Todos los hombres son por condición humana iguales. En la gráfica superior podemos observar cómo la pobreza actúa como factor multiplicador de todas las

consideraciones negativas, sociales e individuales del sujeto o grupo, los pobres son considerados como vagabundos, criminales, pordioseros, locos, negros.... Incluso, el fenómeno delictivo, a menudo, en un alto porcentaje se nutre frecuentemente de esa marginalidad, segregación y pobreza. En consecuencia, nos enfrentamos a fenómenos tan diversos como la violencia de género, la discriminación salarial, el amplio nivel de desempleo femenino, la escasa presencia política de la mujer en puestos de responsabilidad política, social y económica, la integración de la inmigración, la ampliación de derechos de grupos minoritarios como discapacitados, ancianos o niños, en definitiva, el desafío de una mayor igualdad de oportunidades y Derechos Fundamentales de ciertos sectores poblacionales que históricamente han sido desfavorecidos. En este sentido, debemos luchar por una cultura política y constitucional de la plena igualdad, porque no existan tantas diferencias entre ricos y pobres, porque todos tengan acceso a la cultura.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SU FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO Y SU CONTENIDO ESENCIAL

La Libertad de pensamiento, conciencia, ideológica y expresión consagra un marco competencial del individuo respecto a su libertad de comunicación pública. La libertad de pensamiento y expresión convierte a las personas en ciudadanos activos y responsables dentro del sistema político democrático, de aquí deriva su importancia para implementar un verdadero Estado democrático de derecho. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho político de primer orden para salvaguardar, consolidar y fortalecer la democracia mexicana. La libertad de expresión protege a los ciudadanos frente a cualquier injerencia de los poderes públicos o la misma ley. La libertad de expresión viene formulada de forma general como la libertad de expresar o difundir el pensamiento por cualquier medio y las específicas como libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, junto a la libertad de expresión docente o libertad de cátedra fundamental para el avance de la ciencia y la educación⁴⁹³ en nuestro país.

⁴⁹³ Vid. SMEND, Rudolf, Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el tribunal constitucional federal alemán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2005.

ARTÍCULO 6.- La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, si no en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público.⁴⁹⁴

El precepto constitucional mexicano en este caso es un precepto negativo al establecer la prohibición de obstaculizar la manifestación de ideas, salvo cuando suponga un ataque a la integridad moral de las personas o a derechos de terceros o provoque algún delito al orden público. No obstante, el ataque a la moral es demasiado indeterminado, vago y equívoco y no especifica de qué moral social se trata. En este caso convendría tipificar que el precepto constitucional marque límites a la libertad de expresión respecto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando se refiere a derechos de terceros. Los medios de comunicación de masas expresan y desempeñan un papel que él la mayor parte de los casos sirve a los intereses de los grupos oligárquicos y poderosos económicamente de modo que se produce un grave deterioro de la esfera pública. Los medios de comunicación de masas son instrumentalizados por poderes fácticos que no contribuyen a realizar una profundización en el modelo de democracia social equitativa y proporcional. En este sentido, las instituciones políticas y jurídicas deben regular y corregir los excesos de esta injerencia e instrumentalización a través de una fuerte promoción y defensa de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas.

En esta misma línea, para Benito Espinoza, filósofo de origen hispano-sefardita⁴⁹⁵, la libertad religiosa se encuadra dentro de la temáticas de la libertad de pensamiento, a la “*libertas philosophandi*” le corresponde una análoga “*libertas credendi*”. Espinoza es especialmente sensible a esta problemática porque vivió en propio carne la persecución religiosa, sobre

⁴⁹⁴ La doctrina jurídica ha desarrollado dos concepciones de moral pública. La primera que se refiere fundamentalmente a la exposición oral, escrita, o en imágenes de altos u objetos obscenos que ofendan públicamente el pudor, la moral o las buenas costumbres. No obstante, el concepto de moral pública sigue siendo difícil de precisar y catalogar. En este sentido la corte ha definido que dado el carácter variable de las nociones de buenas costumbres y de moral pública, en necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos puede ser considerado como impúdico, obsceno o contrario al pudor.

⁴⁹⁵ Espinoza es un librepensador racionalista, heterodoxo y disidente con las ideas y convenciones hegemónicas de su época. Un pensador plenamente moderno que se debate entre un mundo medieval teocéntrico de inspiración judeo-cristiana y un mundo moderno laico y secularizado que comienza a surgir, un filósofo que se esfuerza en construir una nueva visión del mundo fundada sobre la razón, la libertad religiosa y política. Vid. BODEI, R. Una geometría de las pasiones, Muchnick, Barcelona, 1995.

todo, por el problema de las relaciones entre la Iglesia reformada, la sociedad civil y la organización del Estado como uno de los grandes poderes del siglo XVII en Holanda.

Espinoza va a ser un defensor radical de la libertad de pensamiento, conciencia y expresión. En oposición al fanatismo y fundamentalismo religioso de distinto signo (judío, católico, calvinista...) imperante en su época, defiende la libertad de opinión. La libertad de opinión no sólo no es un peligro ni un inconveniente para la paz civil sino una condición ineludible y necesaria para la implantar una verdadero Estado democrático. Su Tratado teológico-político es un verdadero manifiesto político en defensa de las libertades públicas, los Derechos Fundamentales y la democracia.

El Estado no tiene por fin transformar a los hombres en seres racionales en animales o autómatas, sino hacer que los ciudadanos desarrollen en seguridad sus cuerpo y su espíritu, que hagan libremente uso de su razón, no se profesen odio, furia y astucia, y no se miren injustamente con ojos celosos. El fin del Estado es, pues, verdaderamente la libertad⁴⁹⁶

La libertad de conciencia, pensamiento y expresión constituyen ideas fuerza de la modernidad política y jurídica occidental⁴⁹⁷. Sus raíces se encuentran en la nuestra tradición iusfilosófica en Erasmo, Vives, Vitoria, Suárez, Montaigne, pero su conceptualización más elaborada, completa y explícita no se produce hasta el movimiento intelectual ilustrado con John Locke, Carta a la tolerancia, 1689, Voltaire, Tratado sobre la tolerancia, 1763, Diderot, Enciclopedia, 1751-1772, o los moralistas ingleses, deistas y librepensadores como Anthony Collins, Discurso sobre el librepensamiento, 1713, Shaftesbury, Carta sobre el entusiasmo, 1710, o Kant, Sobre el fanatismo, 1790. Normalmente, el fanático vive obsesionado por una idea, credo o concepción desde la que filtra, interpreta y observa la realidad tratando de imponerla a los demás. ¿Por qué se da la intolerancia y el fundamentalismo? Por debilidad mental o impostura responde Collins, por cobardía o pereza intelectual responderá Kant en su breve ensayo ¿Qué es la Ilustración?

⁴⁹⁶ Cfr. SPINOZA, B., Tratado teológico-político, Tecnos, Madrid, 1989, p. 211

⁴⁹⁷ Véase el siguiente capítulo para ampliar AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional" en Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales), Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 161-186.

Locke pretende que todos los hombres puedan disfrutar de los mismos derechos civiles y políticos, sólo así se podrá conseguir una comunidad libre y diversa donde brille el pluralismo moral, religioso y político. Con Locke como también posteriormente con Kant, ambos pensadores hacen recaer el principio de tolerancia en el reconocimiento de este derecho a la diferencia (libertad de conciencia y culto) que nos lleva a la diversidad de opiniones, concepciones y creencias, o sea, al pluralismo ideológico, político y religioso.

Igualmente, Voltaire (1694-1778), filósofo ilustrado fue un claro defensor de la libertad y la tolerancia frente a las actitudes dogmáticas e intransigentes y solía referir: detesto lo que dices, pero defendería hasta la muerte tu derecho a decirlo. Sin lugar a dudas, un sano y fecundo principio de una democracia pluralista y tolerante. El fanatismo religioso desencadenó en Europa en el siglo XVI todo tipo de guerras, matanzas y convulsiones políticas. Para Voltaire, las religiones son una forma de alienación si no son confrontadas con el juicio racional y el sentido común. El triunfo de la razón, pensaba, debe iluminar a todos los hombres y liberarlos de las tinieblas de la superstición y la ignorancia. La razón debe triunfar sobre las fuerzas irracionales y conducirnos así hacia la mayoría de edad. Voltaire trató de luchar por una sociedad laica, secular, pluralista y tolerante reflejo de la libertad de expresión y de pensamiento. Su lema favorito era: ¡Aplastad al infame!, refiriéndose al oscurantismo, la intolerancia y la estupidez humana, que no es precisamente poca. Voltaire se preguntaba en el siglo XVII: ¿qué es la tolerancia? y ofrecía una respuesta muy acertada: tolerancia es la consecuencia necesaria de que somos personas falibles: equivocarse es de humanos, y todos nosotros cometemos continuos errores. Por tanto, dejémonos perdonar unos a otros nuestras necedades. Esta es la ley fundamental del derecho natural.⁴⁹⁸ Voltaire basa la tolerancia en que debemos perdonarnos unos a otros nuestros errores y tonterías. Y la tontería más extendida, frecuente, y perjudicial que existe es la intolerancia.

La tolerancia ilustrada se convirtió de esta forma en una herramienta eficaz e idónea para la confrontación dialéctica e intelectual que desarrolla el pluralismo ideológico, político y cultural; más aún, que activa dicho pluralismo democrático porque si no es activo las sociedades tienden al conformismo, dogmatismos, etnocentrismos y fundamentalismos de todo tipo. Al respecto el filósofo Stuart Mill afirmaba:

⁴⁹⁸ Cfr. VOLTAIRE, Tratado sobre la tolerancia, Ed. Crítica, Barcelona, 1992, p. 173.

El deber de los gobiernos y los individuos es el de conformar las opiniones que más se ajusten a la verdad, elaborarlas cuidadosamente, y no imponerlas jamás al resto de la comunidad sin estar completamente seguros de tener razón para ello [...].⁴⁹⁹

Hoy en día, podemos contemplar un nuevo resurgir de fundamentalismos religiosos, ideológicos y políticos. El auge del integrista islámico, los nacionalismos regresivos, genocidios, etnocidios, la limpieza étnica y cultural en la ex-república yugoslava, la guerra del Golfo Pérsico, Irak y Afganistán, la condena del escritor Salman Rushdie o la escritora Taslima Nasrin, o el problema palestino-israelí, o los atentados terroristas de Al Qaeda del 11-S de Nueva York en 2001 y del 11-M en Madrid en 2004, y en 11-F en Londres en 2005. Estos acontecimientos bárbaros y brutales nos siguen demostrando que no han dejado de existir guerras de religiones o guerras provocadas por diferencias religiosas, culturales, ideológicas, atentados y persecuciones políticas con vulneraciones a la libertad de expresión y conciencia.

3.1 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

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.⁵⁰⁰ 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."⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Cfr. STUART MILL, J. Sobre la libertad, Aguilar Ediciones, Barcelona, 1985. p.48.

⁵⁰⁰ Las tesis aprobadas por la Primera Sala en años anteriores, corroboran lo anterior: TESIS AISLADA CCXV/2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL; TESIS AISLADA CCXVI/2009. LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS JUEGAN UN PAPEL ESENCIAL EN EL DESPLIEGUE DE SU FUNCIÓN COLECTIVA; TESIS AISLADA CCXVII/2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO.

⁵⁰¹ 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.

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 internacional de juristas y organismos internacionales en materia de derechos humanos.⁵⁰²

En cuanto a su contenido, el PJF ha sostenido que este derecho 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 a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.⁵⁰³

Sin embargo, lo complicado de este derecho fundamental sucede cuando se tratan de imponer límites o restricciones al mismo, especialmente cuando se trata, por ejemplo, de la colisión con derechos de terceros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido ciertos claroscuros en la interpretación de este derecho fundamental. A continuación presentamos las principales reglas que ha desarrollado este Tribunal en materia de límites o restricciones a este valioso derecho fundamental. 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.

Los límites son aquellos establecidos por la moral y las buenas costumbres de la comunidad de una comunidad determinada. Este derecho fundamental tiene una doble faceta, por una parte, aseguran 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,

⁵⁰²Vid. ISLAS L., Jorge, "La información pública y la jurisprudencia internacional", en CARBONELL, Miguel y BUSTILLOS ROÑEQUI, Jorge (Coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, (1ª ed.), pp. 155-174.

⁵⁰³ 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.

colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Asimismo, acorde a los criterios de la Corte, estos derechos evolucionan en sintonía con las nuevas modalidades, entendidas éstas no como en un principio, en sentido literal (impresión), sino también a través del desarrollo de nuevas tecnologías.

Del contenido armónico de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, se puede sostener que la libertad de impresión es una modalidad de la libertad de expresión, encaminada a garantizar su difusión. En este sentido se encuentra la forma de difusión de éstas y acceso a la sociedad, debe entenderse a la libertad de impresión en un sentido amplio y de carácter funcional, adscribiéndose no sólo la impresión tradicional en papel, sino incluso de modo electrónico, a través de medios de almacenamiento o vía satelital, que puedan hacerse del conocimiento del público en general, como las diversas formas audio/visuales -como lo es el cine y video- a través de las cuales puede desarrollarse la función que se pretende con la libertad de impresión.⁵⁰⁴ En igual sentido, 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 de este derecho fundamental es la prohibición de censura previa, el cual se encuentra protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben responder a los fines previstos en su artículo 13, numeral 2, en el sentido de ser necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

La censura previa se concibe como la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación, la cual, a nivel convencional, está prohibida, en tanto limita la circulación libre de ideas y opiniones, permite la imposición arbitraria de aquéllas y la creación de obstáculos al libre flujo

⁵⁰⁴ LIBERTAD DE IMPRESIÓN. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN; Registro: 2001674; Tesis: 1a. CCIX/2012 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 509.

informativo, de suerte que no se justifica su imposición.⁵⁰⁵ 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. Asimismo, el siguiente numeral del mismo precepto establece 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 Tribunal Constitucional Español 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 este conflicto 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.⁵⁰⁶

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 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”.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ 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.

⁵⁰⁶ PANTALEON, Fernando, “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, Revista de Derecho Privado y Constitución, op. cit., pp. 209-218.

⁵⁰⁷ STC 105/1990.

Es complejo precisar el contenido esencial de un derecho fundamental tan complejo como lo es la libertad de expresión. Incluso, nos aventuraríamos 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.⁵⁰⁸

Asimismo, ha sido criterio fundamental y reiterado por parte de la CIDH, el relativo a que el derecho penal debe ser el último medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, en este caso, relacionado con los delitos de libertad de expresión.⁵⁰⁹ De igual

⁵⁰⁸ 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.

⁵⁰⁹ 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)

manera, el tribunal internacional ha sostenido que el ejercicio de la ius puniendi, para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho de la libertad de expresión se debe analizar con cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello se debe considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.⁵¹⁰ 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.”⁵¹¹ Tal es el caso de un caso sucedido en México, sobre un poeta que escribió un poema injuriando a la bandera, el cual será motivo de ejercicio y reflexión final al terminar este capítulo.

3.2 LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR E INTIMIDAD: TÉCNICAS PARA SU RESOLUCIÓN

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. Este asunto recuerda un poco al caso sucedido en los Estados Unidos de Norteamérica *New York Times Co. vs Sullivan*, ya que se trata del derecho al honor de un servidor público, frente al derecho a la información de un periodista.

Tal y como sucedió en aquél entonces en los Estados Unidos de Norteamérica, el caso resuelto por la Corte Suprema en aquél país, ayudó a

⁵¹⁰ Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, supra nota 41, Pár. 78.

⁵¹¹ Ídem.

crear estándares apropiados de responsabilidad donde se encontraban inmersos servidores públicos o temas de interés público o de preocupación general. En este caso, destaca la tesis acerca de que los personajes de relevancia pública, cuando actúan en su calidad de particulares, requieren demostrar una "malicia actual", con la finalidad de probar los daños causados a su persona⁵¹², para lo cual se requieren dos elementos: demostrar que se trata de una figura pública y que la información es de interés público. Estos criterios han sido reconocidos de manera expresa por la SCJN en sus últimas decisiones. De esta forma, inspirados en el sistema interamericano de derechos humanos, ha expresado lo siguiente.

Para el análisis de los límites a la libertad de expresión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado "sistema dual de protección", según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Esta aclaración es fundamental en tanto que las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante todas sus vidas, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública. La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como "real malicia" o "malicia efectiva", misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de "real malicia" requiere,

⁵¹² TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 873.

para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. En este sentido, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que, dependiendo de su gravedad y de la calidad del sujeto pasivo, las intromisiones al derecho al honor pueden ser sancionadas con: (i) sanciones penales, en supuestos muy limitados referentes principalmente a intromisiones graves contra particulares; (ii) con sanciones civiles, para intromisiones graves en casos de personajes públicos e intromisiones medias contra particulares; y (iii) mediante el uso del derecho de réplica o respuesta, cuyo reconocimiento se encuentra tanto en el texto constitucional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para intromisiones no graves contra personajes públicos e intromisiones leves contra personas privadas.⁵¹³

Lo anterior, clarifica de manera extraordinaria la metodología que deberá ser empleada por el operador jurídico al momento de analizar violaciones al derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho al honor e intimidad de los particulares. Siguiendo con el primer precedente donde se emplea el test de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, la resolución final dictada por la Corte mexicana, 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 deshonor, descrédito y perjuicio.

El destacable análisis de fondo que se realiza sobre los hechos mencionados, comienza en el Considerando Quinto, especialmente en el apartado titulado: “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

⁵¹³ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Registro: 2003303; Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.); [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 538.

lo posible". En ese sentido, se determinó que los derechos a la libertad de expresión e imprenta eran principios fundamentales.

3.3 LIBERTAD DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN PÚBLICA

La libertad de reunión se entiende como la congregación transitoria de varias personas para el intercambio y defensa de intereses. La doctrina jurídica establece la diferencia entre mera aglomeración y reunión con alguna finalidad pública. En este sentido, la finalidad de la reunión es intercambiar ideas y defender intereses que sirvan como instrumento para la comunicación y formación de la opinión pública.⁵¹⁴ La opinión pública y voluntad política son imprescindibles para el desarrollo y consolidación de una democracia constitucional y deliberativa.

El hombre privado es un hombre incompleto, inauténtico, desposeído de la posibilidad de convivir con los demás. La tarea principal de una cultura auténticamente democrática y constitucional⁵¹⁵ es tratar de crear diferentes espacios dentro de la vida en comunidad, donde cada actividad pueda lograr una excelencia propia y mantener la integridad de este espacio. La acción es sólo entonces posible desde la relación con los demás y lo político se convierte en este sentido en la acción conjunta de unos con otros. La mejor manera que tiene una cultura democrática de derechos y libertades de mantener la integridad de sus diferentes espacios y actividades, consiste en educar a cada uno de sus miembros en las virtudes y las artes, en las costumbres y los hábitos que requiere cada espacio.

El derecho de reunión y el derecho de asociación constituyen dos libertades que se fundamentan en la naturaleza social del ser humano. El derecho de reunión difiere del derecho de asociación en el carácter fugaz y transitorio de la primera. Naturalmente, se suele distinguir dos tipos de reuniones: privadas y públicas.

El derecho de manifestación suele ser un tipo de derecho de reunión pública como reunión en marcha donde los ciudadanos utilizan la vía pública para manifestar sus opiniones políticas. La libertad de manifestación exige de la

⁵¹⁴ Vid. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, (trad. sobre la cuarta edición revisada, de M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998. En esta traducción de Manuel Jiménez Redondo se traduce «Öffentlichkeit» por «esfera o espacio de la opinión pública» y por «espacio de la opinión pública».

⁵¹⁵ ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 222.

autorización previa para que no se perturbe el orden público. La libertad de reunión constituye una técnica de acción política directa que favorece el avance y desarrollo de la democracia en cualquier parte del mundo. La reconstrucción y transformación de la esfera pública supone un reto y desafío inaplazable e urgente, sobre todo cuando nos encontramos inmersos en un fuerte proceso de democratización política, social y ciudadana.

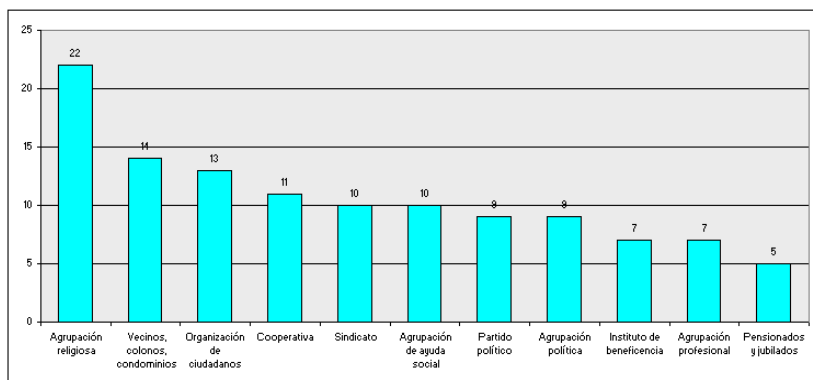
En este sentido, no debemos soslayar ni menospreciar o negar la enorme importancia que juega la esfera pública como espacio de deliberación ciudadana en la transición y consolidación democrática. La esfera pública⁵¹⁶ constituye el lugar privilegiado donde la ciudadanía, desde el legítimo ejercicio de sus Derechos Fundamentales y libertades públicas, demanda, reclama y discute cualquier decisión que concierne a sus intereses. Tanto los partidos políticos de izquierda como los partidos de derecha son críticos ante la baja participación política, la apatía, el cansancio, la desideologización y despolitización que sufre nuestra sociedad. Igualmente, manifiesta la baja opinión pública, cultura política y capacidad política de amplios sectores importantes de la población.

El ser humano tiene derecho a desarrollarse libremente, y en este sentido, tiene derecho a asociarse libremente con el objetivo de alcanzar objetivos que superen su propia capacidad individual. La asociación posee varios componentes o elementos básicos: 1) pluralidad de personas 2) un vínculo de unión entre las mismas 3) voluntad de permanencia 3) objetivos y metas para realizar. El Estado suele intervenir en su constitución para protegerlas y regularlas legalmente a través de una autorización administrativa previa como inscripción en el registro de sociedades.

¿USTED FORMA O HA FORMADO PARTE DE ALGUNA DE LAS SIGUIENTES ORGANIZACIONES?

(Porcentaje de quienes dijeron formar o haber formado parte de las siguientes organizaciones)

⁵¹⁶ GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, "Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad: Relación estructural entre sociología política weberiana y los modelos procedimentalistas de Ética discursiva" en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, La democracia en el Estado Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 23-43.



Fuente: Secretaría de Gobernación, Conociendo a los mexicanos. Tercera Encuesta Nacional de Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2005, Secretaría de Gobernación, México, 2006.

Por tanto, existe un sentimiento de frustración e impotencia por parte de la ciudadanía ante los problemas graves que padece nuestra esfera pública como el desempleo, la pobreza, la violencia organizada, la inseguridad ciudadana, la corrupción, la impunidad, la manipulación mediática, la desigualdad social, el deterioro de la educación pública o la sanidad, la falta de transporte público, problemas que requieren de una solución urgente y reflexiva de nuestra parte.

La contemplación crítica de la realidad nos permite realizar un ejercicio sano de racionalidad pública donde existe no sólo mantenemos nuestro descontento, sino aspiramos a un mejor modelo de justicia social o como diría Rawls hacia la reestructuración básica de la sociedad.

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL COMO VERTIENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Existe una rica tradición jurisprudencial en materia de acceso a la información a nivel internacional que la jurisprudencia y la Constitución mexicana ha recogido a lo largo de estos años. Por una parte, existe un desarrollo teórico y casuístico, que responde a la tradición del derecho a la libertad de expresión, lo cual implica que aquél es una vertiente o subgénero de derecho, pero que dentro del proceso de especificación de los Derechos Fundamentales ha

adquirido carta de naturalización en la teoría constitucional, hasta ser considerado como un auténtico y verdadero derecho autónomo.⁵¹⁷ En este sentido, existen dos principales interpretaciones de este derecho fundamental por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero, a partir de una posición conservadora, tendiente a concebir el derecho a la información como un derecho accesorio y complementario de otros Derechos Fundamentales, pero que a pesar de ello, ha procurado la plena protección y efectividad de los Derechos Fundamentales en caso de vulneración. La segunda Corte, desde una visión garantista, ha procurado concebir al derecho de acceso a la información de manera autónoma, dotándolo de su propia especificidad.⁵¹⁸

En este sentido, el Tribunal Europeo ha destacado a través de distintas interpretaciones que ha realizado al Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, que el artículo respectivo “prohíbe al Estado impedir o restringir que una persona reciba información que otros deseen o puedan brindarle, pero no otorga a la persona el derecho de acceder a un registro que contiene información sobre su posición personal, y no supone una obligación del Estado de suministrar tal información a quien la solicita”⁵¹⁹ y mucho menos la “obligación positiva de suministrar información de oficio.”⁵²⁰ Interpretación que ha sido sostenida sin variar sustancialmente el primer criterio en otras sentencias.⁵²¹ No obstante, a pesar de estas directrices, el Tribunal no ha dejado de ostentar un carácter garantista, ya que ha concedido la reparación de los Derechos Fundamentales violados a cada caso en especial, a través del estudio de fondo de los asuntos en particular. Situación distinta ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Claude Reyes” el 19 de septiembre de 2006, en donde determinó que:⁵²²

⁵¹⁷ Vid. ISLAS L., Jorge, “La información pública y la jurisprudencia internacional”, en CARBONELL, Miguel y BUSTILLOS ROÑEQUI, Jorge (Coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, (1ª ed.), pp. 155-174; GARCÍA BARRERA, Myrna, *El derecho de las nuevas tecnologías*, UNAM-IIJ, México, 2008.

⁵¹⁸ CASTILLO CORDOVA, 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.

⁵¹⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), *Leander c. Suecia*. (26 de Marzo de 1987), Pár. 19.

⁵²⁰ Cfr. STEDH, *Roche c. Reino Unido* (19 de Octubre de 2005), Pár. 170.

⁵²¹ STEDH, *Gaskin c. Reino Unido* (7 de julio de 1989) y *Guerra c. Italia* (19 de Febrero de 1988).

⁵²² Dicha resolución consistió básicamente en la negativa a una solicitud de información por varios ciudadanos de Chile al Comité de Inversiones Extranjeras de aquél país, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, consistente en un proyecto de deforestación que se llevaría a

El artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, [...] ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.⁵²³

Finalmente, el principio de proporcionalidad fue consagrado en la referida sentencia como instrumento para restringir el derecho de acceso a la información, señalando:

Las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

De esta forma, el sistema de restricciones al derecho de acceso a la información en el Sistema Europeo de derechos y libertades fundamentales, al concebir de manera restringida la titularidad del mismo, y al no considerarlo como una obligación del Estado de prestación, no significa que en los casos particulares las personas queden en estado de indefensión y

cabo en la décimo segunda región de Chile, que según los actores, perjudicaría gravemente la situación ambiental del aquella nación.

⁵²³ Caso Claude Reyes c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Pár. 77. Cabe referir que dicho criterio interpretativo había aparecido en los Casos: López Álvarez, Pár. 163; Ricardo Canese, Pár. 80; y Caso Herrera Ulloa, párrs. 108-111.

desprotección⁵²⁴. Más bien, y siguiendo la práctica de este Tribunal Internacional, los problemas relacionados con este derecho han sido resueltos en relación con el derecho fundamental de fondo que se considera violado. Por ejemplo, en la solicitud de acceso a los archivos de una persona que había permanecido en custodia del Estado hasta sus 18 años, debido a la muerte de su madre a edad temprana, su petición se centraba en la información relacionada con las personas que lo habían tenido en custodia en diferentes momentos. Lo anterior, en razón de que consideraba que había sido maltratado de niño y quería demandar a las autoridades estatales por daños a causa de esta negligencia. Sobre este caso en particular, el Tribunal resolvió finalmente la violación al derecho fundamental a la vida privada y familiar⁵²⁵.

En síntesis, para la Corte Interamericana, debe operar el principio de máxima divulgación de la información en poder del Estado; de igual manera, en este sistema el particular no está obligado a acreditar un interés directo para obtener la información⁵²⁶. Del otro lado, en el Tribunal Europeo, se requiere que exista una vinculación estrecha entre la información solicitada y otro derecho fundamental que se considera violentado en el caso en particular, lo que han definido como test de alto escrutinio.

La evolución del derecho a la información de nuestro país en tres periodos o fases. La primera, que podemos definir como retórica, comprendida desde 1977 hasta 1991, la cual se integra por la incorporación a la Constitución mexicana del derecho a la información, pero que su efectividad fue casi nula al no existir instrumentos legales para alcanzarla. El segundo periodo que hemos denominado de transición, va de 1992 hasta el año 2002. Precisamente es en el año de 1996, donde a través de la investigación realizada al caso “Aguas Blancas”, vía acción de investigación de la SCJN, nuestro máximo órgano de justicia constitucional ligó el derecho a la información con el derecho a la verdad histórica, dejando de reconocer el derecho a la información como una simple garantía política para convertirse en una auténtica garantía individual, pero aún sin tener casos en donde se

⁵²⁴ Cfr. CATALA I. BAS, Alexandre, Libertad de expresión e información (La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional), Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001, p. 106.

⁵²⁵ STEDH, Gaskin c. Reino Unido (7 de julio de 1989), cit. Pár. 52-53.

⁵²⁶ Cfr. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, Washington D.C., 2007, p. 12.

diera efectiva vigencia al referido derecho. Finalmente, la última fase va del año 2002 hasta la actualidad. En ésta se consagra por primera vez una Ley de Transparencia a nivel federal para lograr el acceso a los archivos públicos y posteriormente se logra su reconocimiento constitucional en 2007 como un derecho fundamental con un carácter social, es decir, que impone una obligación positiva de informar al Estado.

Desde la perspectiva de la teoría de los Derechos Fundamentales, éste forma parte de un ámbito más genérico, el derecho a la libertad de expresión. El derecho a la información apareció por primera vez en la Constitución Federal en 1977. Al inicio, éste era considerado por la misma Corte como un derecho carente de justiciabilidad y concretización al carecer de la normatividad reglamentaria que lo hiciera efectivo⁵²⁷. La exigibilidad de este Derecho Humano estuvo marcada hacia los partidos políticos de distintos documentos considerados públicos, pues éstos reciben dinero del erario público, por lo tanto, se encuentran obligados a rendir cuentas⁵²⁸. Posteriormente, el tránsito a un derecho garantizable de parte del estado, ocurrió con el caso “Aguas Blancas”, en donde incluso nuestro máximo Tribunal hizo mención en su resolución de un “derecho a la verdad” ante la situación infame de cultura del engaño que permaneció por largos años en el Estado mexicano⁵²⁹. Una vez recepcionado el carácter social del derecho a la información, la Suprema Corte de nuestro país ha delineado otros parámetros interpretativos, relacionados con la limitación o restricción derivado del interés nacional y de la sociedad, así como por los derechos de terceros, o la afectación de otros Derechos Fundamentales⁵³⁰.

⁵²⁷ INFORMACION. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 6o. DE LA CONSTITUCION FEDERAL. Tesis: 2a. I/92, Semanario Judicial de la Federación X, Agosto de 1992, p. 44.

⁵²⁸ DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE. Tesis: P. XLV/2000. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Abril de 2000, p. 72.

⁵²⁹ GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACION). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACION Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTICULO 6o. TAMBIEN CONSTITUCIONAL. Tesis: P. LXXXIX/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, III, Junio de 1996, p. 513.

⁵³⁰ TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 2o., 7o., 13, 14, 18, 19 Y 43 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTES EN 2004, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. Tesis: 1a. XXXVII/2006. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, p. 650; y TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 3o., FRACCIÓN II, Y 18, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE IGUALDAD, AL TUTELAR EL DERECHO

En el año de 2002, con entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, así como la creación del Instituto de Acceso a la Información Pública (IFAI), el derecho a la información tuvo un auge insospechado, pero no fue sino hasta el 20 de julio de 2007, cuando se publicó la reforma constitucional del artículo 6, en el Diario Oficial de la Federación, transformando la concepción del derecho a la información de ser una mera prerrogativa social a un auténtico derecho fundamental, consagrando los principios de máxima divulgación, publicidad y reserva temporal, protección de vida privada y datos personales, interés simple para la obtención de información, instrumentos accesibles e idóneos para la tutela del derecho, información de oficio y gratuidad de la misma⁵³¹. Este criterio fue continuado a raíz de la interpretación al artículo 14 de la LFTAIP y sus correlativos artículos 26 al 30 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León. Asimismo, la Suprema Corte ha consagrado de manera implícita el principio de proporcionalidad al establecer textualmente lo siguiente⁵³²:

Era jurídicamente adecuado que en las leyes reguladoras de cada materia, el legislador federal o local establezca las restricciones correspondientes y clasifique a determinados datos como confidenciales o reservados, con la condición de que tales límites atiendan a intereses públicos o de los particulares y encuentren justificación racional en función del bien jurídico a proteger, es decir, que exista proporcionalidad y congruencia entre el derecho fundamental de que se trata y la razón que motive la restricción legislativa correspondiente, la cual debe ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin perseguido, de manera que las ventajas obtenidas con la reserva compensen el sacrificio que ésta implique para los titulares de la garantía individual mencionada o para la sociedad en general.

Ahora bien, las restricciones legítimas que ha marcado a través de la jurisprudencia la Suprema Corte han sido las siguientes:

A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES SÓLO DE LAS PERSONAS FÍSICAS. Tesis: 2a. XCIX/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008, p. 549.

⁵³¹ Vid. CARBONELL, Miguel, El régimen constitucional de la transparencia, IIJ-UNAM, México, 2008.

⁵³² TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Tesis: 2a. XLIII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Abril de 2008, p. 733.

- Seguridad Nacional
- Intereses públicos y particulares
- Protección de datos personales

Asimismo, el legislador decidió incluir las averiguaciones previas y cualquier clase de juicio, en tanto no se dicte sentencia condenatoria. Por otra parte, dentro del calificativo de información confidencial han entrado la protección de los datos personales, la protegida por los secretos legales (comercial, industrial, bancario, etc.). En este sentido, la jurisprudencia mexicana recoge criterios internacionales adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, reitera su compromiso de incorporar de manera plena al sistema jurídico mexicano la consagración del modelo garantista del derecho de acceso a la información pública gubernamental como derecho autónomo e independiente. Aunado a lo anterior, integra de manera explícita el principio de proporcionalidad como técnica para la restricción o limitación de este derecho fundamental. En este sentido, la jurisprudencia mexicana recoge criterios internacionales adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, reitera su compromiso de incorporar de manera plena al sistema jurídico mexicano la consagración del modelo garantista del derecho de acceso a la información pública gubernamental como derecho autónomo e independiente. Aunado a lo anterior, integra de manera explícita el principio de proporcionalidad como técnica para la restricción o limitación de este derecho fundamental. Pero quizá una de las cuestiones más difíciles de resolver por el servidor público al momento de determinar si la información pública merece ser restringida o limitada se encuentra en la determinación del peso en cada principio constitucional; o dicho en términos más simples, determinar cual principio constitucional prevalece sobre el otro en un conflicto en específico.

En lo que respecta a la técnica para aplicar el principio de proporcionalidad, se debe establecer un catálogo de restricciones al derecho de acceso a la información, ya sea que éstas sean expresas (seguridad nacional, derechos de terceros, protección de datos) o implícitas (información inexistente, indisponible). De estas dos, las restricciones expresas tendrán mayor peso que las implícitas, dado que aquéllas se encuentran consagradas explícitamente en el texto fundamental; mientras que las implícitas tienen un peso inferior, ya que el juez o intérprete de la normativa se ve obligado a realizar un ejercicio hermenéutico más profundo para desentrañar el sentido de la norma, no obstante, si dicho ejercicio importa el sacrificio de un

principio o requisito constitucional del derecho que está en juego, el fin u objetivo de la norma debe ser considerado ilegítimo, por tanto, el derecho a la información queda por encima de la citada restricción.

Ahora bien, cuando se trate de restricciones expresas al derecho a la información por encontrarse en la Constitución, ya sea que se trate de una colisión entre dos derechos o principios constitucionales (derecho a la información vs. protección de datos personales, seguridad nacional, secreto industrial, seguridad e integridad física, etc.) se deberá atender específicamente al contenido material de la información pública a la que se pretende tener acceso. En este caso, se deben buscar hipótesis alternativas a través de las cuales obtengamos la misma finalidad contenida en las normas restrictivas, ya sea por medio de la obtención de la información, y simultáneamente, la protección de la seguridad nacional, integridad, intimidad, o el derecho que aplica al caso en específico. Si una vez realizado este paso, no es suficiente poder determinar cual valor tiene mayor peso que el otro, se lleva a cabo el procedimiento de ponderación en sentido estricto.

Al respecto, cabe mencionar que para realizar este procedimiento es indispensable tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias que ocurren al caso en particular, siendo particularmente indispensables la característica o naturaleza relacionada con el asunto de interés público. De igual forma, resulta importante advertir sobre la necesidad de que, aún cuando se trate de una violación al derecho de acceso a la información, es necesario determinar cual otro derecho fundamental se encuentra vinculado al mismo, como pudiese ser el derecho a un medio ambiente saludable, la integridad física, la intimidad, es decir, aquéllos derechos que buscan ser protegidos una vez satisfecho el derecho a la información pública. En tal sentido, el sistema de acceso a la información pública en México debe de alejarse de la concepción reduccionista que se tenía sobre este derecho fundamental cuando se trata de información que no afecta de manera directa los Derechos Fundamentales de las personas o pone en serio peligro la seguridad nacional.

5. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

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 ser dejado solo (the right to be let alone)⁵³³, hasta el reconocimiento como un Derecho Fundamental de la protección de datos personales a principios de los años '80 por la jurisprudencia alemana, ha venido a transformar la visión reduccionista del derecho a la privacidad y a la intimidad. La Dignidad Humana y el Libre Desarrollo de la Personalidad⁵³⁴ 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. La jurisprudencia comparada es fecunda en la creación de precedentes que han servido para extender el significado de estos dos principios construyendo nuevos Derechos Fundamentales como la intimidad y privacidad, así como un derecho más específico, la protección de datos personales. Cabe resaltar que Alemania tiene una dura historia 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.⁵³⁵

⁵³³ WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, Vol. IV, No. 5, Diciembre, 1890, p. 193.

⁵³⁴ En primer término, uno de los precedentes más emblemáticos dictados para el reconocimiento de los principios fundamentales fue el fallo Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Véase de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, especialmente párrafos 1 y 27, (BvF 7,198). HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.

⁵³⁵ Durante el régimen de Adolf Hitler, la Corporación IBM en Alemania, con su personal y equipo, diseñó un sofisticado sistema de identificación, consulta y confrontación de datos de miles de judíos, rastreando de esta forma sus orígenes, empresas y demás propiedades. El desenlace de esta flagrante violación al derecho a la intimidad la conocemos todos: el holocausto para miles de judíos en la Alemania nazi. BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Dialog Press, Washington, D. C., 2001, p. 400 y ss.

Dicha protección o tutela reforzada de este Derecho Fundamental de los datos personales, ha merecido especial pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El primer precedente en torno a ello, se dictó en el caso de la “Ley Censo”, el cual sirvió para dictar las principales directrices que, incluso hasta hoy, prevalecen para interpretar de manera favorable el derecho a la protección de datos personales, derivados de la interpretación extensiva de principios como la Dignidad Humana y el Libre Desarrollo de la Personalidad. Al respecto, el mencionado órgano sostuvo que el libre desarrollo de la personalidad suponía las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos, ante la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales, por este motivo, “para obligar a una persona a proporcionar datos personales era necesario que el legislador haya determinado con claridad, en forma precisa y adecuada su finalidad, y que las informaciones sean adecuadas y necesarias para el logro de dicha finalidad (subprincipio de adecuación y necesidad)”.

El sistema jurídico constitucional español es también paradigmático en la creación de protecciones jurídicas a los derechos de intimidad, privacidad y datos personales. En este sentido, destacan resoluciones donde se invoca el reconocimiento de la dignidad de la persona humana como fundamento de la protección de este último Derecho. Cuando se abordó la temática sobre la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, se determinó que “el derecho al honor e intimidad constituían un elemento esencial de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, el uso de la informática constituía uno de los mayores riesgos para la intimidad individual y familiar, para el ejercicio legítimo de los derechos del ciudadano”. De igual manera, se determinó la existencia de datos sensibles que podían cederse por razones de interés general cuando así lo estableciera expresamente una ley o el afectado lo consintiera expresamente, tales como los relativos al origen racial, la vida sexual y la salud.⁵³⁶

Hoy en día, el manejo de datos personales ha dado un viraje asombroso, dada la revolución informática y el procesamiento de datos sofisticado y

⁵³⁶ Recurso de inconstitucionalidad 290/2000. El fondo del asunto se centró en determinar cuáles eran las medidas adecuadas, necesarias y proporcionales en el tratamiento automatizado de datos personales.

complejo que ha venido a desembocar en una especie de transparencia hacia aquellos agentes que tradicionalmente se habían considerado como parte de una esfera privada, pero que dadas las condiciones de esta “revolución informática”, los ha traspasado y los ha colocado en el umbral del escrutinio público, ejemplo de ello resultan ser las Redes Sociales y los buscadores digitales. Este nuevo contexto ha venido a transformar nuestras formas de existencia, costumbres y formas de relacionarnos de manera cotidiana con el resto de las personas.

Pero más allá del asombroso fenómeno de desustancialización de la vida en esta era del vacío y del morbo social generado por la publicidad de nuestras vidas⁵³⁷, nos avocaremos a analizar la relación que tiene la vulneración al derecho a la intimidad, principalmente los datos personales en el acontecer diario, a través de la publicidad de nuestros datos por grandes corporativos tanto nacionales como internacionales cuyo objeto comercial es el procesamiento de datos. Esto ha significado una ruptura de un paradigma: el que los Derechos Fundamentales también sean sujetos de protección en contra de violaciones cometidas por particulares.

De esta forma, podemos observar que a raíz de las transformaciones y cambios tecnológicos, el reconocimiento progresivo del derecho a la privacidad ha aumentado su umbral de protección hasta crear nuevos derechos y garantías como la protección de datos personales. Nos resulta muy interesante la protección original que se dio al derecho a la privacidad en primer término por la jurisprudencia de Tribunales de Nueva York, y posteriormente por un *restatement*⁵³⁸ en donde se reconoció el derecho a la privacidad a partir de un conflicto entre particulares. El reconocimiento y consagración en posteriores Declaraciones a nivel internacional como de Organismos Comunitarios vino a crear todo un abanico de protección integral, al respecto, destacan el artículo 12, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el artículo 8, del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales, la Convención de Estrasburgo sobre el procesamiento automático de datos; así como la creación de organismos como la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), la Agencia Española de Protección de Datos, la Oficina Intergubernamental para la

⁵³⁷ Vid. HORKHEIMER M. y ADORNO T., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (trad. Juan José Sánchez), Trotta, Madrid, 1998, p. 171.

⁵³⁸ First Restatement of Torts.60 Section 867 of the First Restatement.

Informática (IBI), el Electronic Privacy Information Center, la Asociación Francófona de Autoridades de Protección de Datos Personales, el Electronic Privacy Information Center, y por su parte, el IFAI en México.

Al día de hoy, podemos observar que las principales resoluciones de organismos tanto nacionales, regionales o internacionales, se encuentran dirigidas hacia los particulares, por violar la privacidad e intimidad de las personas, especialmente cuando se trata de datos personales. En Alemania, en Francia, Bélgica y otras naciones europeas, por ejemplo, se ha sancionado a la empresa Google por la captación y almacenamiento de datos personales de miles de usuarios a través de su herramienta "Street View", ya que sus vehículos empleados para este fin, captaban los datos de las redes inalámbricas instaladas tanto en lugares públicos como en los domicilios de miles de personas⁵³⁹. En México se han realizado también reclamos de parte del IFAI, en contra de grandes Corporativos como Sony de México S.A. de C.V., que recientemente sufrió un ataque cibernético en abril de este año, donde pudieron haber sido sustraídos diversos datos personales, entre ellos: nombre, dirección (ciudad, estado, código postal, país), dirección de correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento, número de teléfono, nombre de usuario y contraseñas, y posible información crediticia⁵⁴⁰.

Asimismo, en nuestro país es común la venta y distribución comercial de bases de datos en el mercado negro, situación alarmante que fue motivo de debate precisamente en la elaboración de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. De este modo, no negamos que la irrefrenable revolución informática ha llegado para quedarse, no obstante, la regulación normativa debe estar conforme a las circunstancias y necesidades actuales de los ciudadanos. Es decir, los principios y directivas tanto internacionales como regionales en materia de protección de datos personales, vinieron a incorporarse a la legislación mexicana.

6. LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA EN EL ESTADO LAICO

⁵³⁹ "Google 'roba' datos y se retracta" en:

<http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2010/05/14/google-informacion-wifi-web-cnnexpansion>

⁵⁴⁰ <http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/comunicados>

En primer lugar, conviene atender y explicitar la evolución histórica del principio de laicidad para poder comprender más exhaustivamente la construcción final del Estado democrático de derecho como Estado aconfesional y laico. En este aspecto, no podemos desdeñar, menospreciar o infravalorar la enorme importancia y significación que ha tenido la religión en la cultura occidental, especialmente, en nuestra propia historia y tradición concreta como países iberoamericanos. La nueva doctrina del constitucionalismo contemporáneo pretende proteger y garantizar la libertad religiosa dentro de una posición de neutralidad confesional; pero para ello conviene recordar la larga historia de secularización que ha vivido occidente.

En los inicios de nuestra tradición encontramos pensadores como San Ambrosio, San Jerónimo y San Agustín, pensadores que fueron enérgicos en defender tanto los privilegios de la Iglesia como en reprobar los actos de intolerancia que se traducían en sacrificio de vidas humanas. San Isidoro de Sevilla aseguraba que la ley no puede ser "dictado para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos"⁵⁴¹; pero debemos observar que estos pensadores pensaron siempre en defender ante todo el poder religioso sobre el poder civil. El profesor Manuel García-Pelayo al respecto señala atinadamente que tuvo que aparecer Juan de Paris para reconocer "que las virtudes morales pueden ser perfectas sin las teologales"⁵⁴². En torno al año 1300, este pensador dominico defendió en su obra *De potestate regia*, que el poder secular es más antiguo en el tiempo que el poder religioso y, en consecuencia, no deriva de él. Jurídicamente, el derecho de un Papa a deponer a un Rey, no es mayor que el derecho de un Rey a deponer a un Papa. Ambos pueden protestar y la protesta puede tener peso; ambos pueden ser legítimamente depuestos, pero sólo por la autoridad que los elige.

Durante el siglo XIII, con la gran figura del teólogo y filósofo Guillermo de Ockham se produjo un enfrentamiento especialmente significativo que puede ayudarnos a revelar la tensión existente entre estos dos poderes: el poder civil regido por el Emperador, y poder religioso regido por el Papa. La disputa política entre el Papa Juan XXII y el Emperador Luís de Baviera acerca de la

⁵⁴¹ Cfr. ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, Madrid, B.A.C., 1993, vol. 21, p. 347; Véase también MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2000.

⁵⁴² Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, Revista de Occidente, 1959, p. 224.

supremacía del Papado o el Imperio tendrá enorme impacto e influencia histórica en el proceso de secularización moderna. El franciscano Guillermo de Ockham tomó partido por el Emperador tratando de establecer una neta separación entre Iglesia y Estado para promover la reforma de la Iglesia defendida por los franciscanos. Los franciscanos en oposición a las corruptelas, riquezas y excesos del Papado defenderán una reforma evangélica profunda. El filósofo empirista Ockham sólo reconoce un poder moderado al Papa en el terreno exclusivamente espiritual y defiende una concepción laica de la sociedad. "El papa no puede privar a nadie del derecho que no proviene de él, sino de Dios, de la naturaleza o de otro hombre; no puede privar a los hombres de la libertades que les han sido concedidas por Dios o por la naturaleza. El Papa no posee un poder dominativo, sino que está al servicio de la comunidad de fieles, que debe ser una comunidad libre, pobre y espiritual. Sólo ella- y no el Papa, y ni siquiera el Concilio- es infalible. Para este franciscano rebelde, profesor de la Universidad de Oxford, el Papa no posee un poder "dominativo", sino que está al servicio de la comunidad de los fieles, que, ante todo, debe ser una comunidad libre, pobre y espiritual. El Papa ni siquiera el Concilio es infalible y absoluto, carece de autoridad sobre el Imperio: éste es anterior a la fundación de la Iglesia, y no puede, pues derivar de ella. Con ello, se reitera la diferencia establecida ya en el Derecho Romano entre *autoritas* y *potestas*, la Iglesia puede tener *autoritas*, pero no *potestas*.

La gran síntesis medieval favorable a la tolerancia se alcanzó en el siglo XIV con Marsilio de Papua. La ineludible pregunta por la relación y la delimitación de la respectiva competencia de su dos "cabezas visibles": el poder "espiritual" del papado romano y el poder "temporal" del Imperio cristiano. Con tal motivo es que Marsilio de Padua emprende, en su *Defensor pacis*⁵⁴³, el intento de una fundamentación teórica de la autonomía e independencia del poder político del Imperio frente a las pretensiones temporales del papado. El averroísmo latino tuvo una gran influencia en todas la Universidades medievales europeas a través de la teoría de la doble verdad; en principio esta teoría no negaba la verdad de la doctrina cristiana, pero separaba agudamente religión y filosofía, razón y fe, poder religioso y poder civil, Papado e Imperium.

⁵⁴³ Vid. MARSILIO DE PADUA, *Le défenseur de la paix*, Paris, J. Vrin, 1969, I, vi.

La separación entre Iglesia y Estado o proceso de desteocratización del Estado supuso un momento decisivo de la modernidad política y jurídica occidental. El pluralismo político, ideológico y religioso, fundado en el principio de la tolerancia como “valor de convivencia política” ha encontrado su reconocimiento en el Estado democrático de Derecho.

En este sentido, el principio de laicidad es un principio fundamental constitutivo y natural al Estado democrático de derecho en la medida que es la esfera política y no la esfera religiosa asegura a la ciudadanía una armonía y paz social. La laicidad permite a todos los individuos participar en la vida pública en calidad de ciudadanos, tanto si pertenecen a una iglesia mayoritaria como a una minoritaria. No debemos confundir laicismo con anticlericalismo, el laicismo implica una valoración positiva del hecho religioso, una protección del pluralismo y principio de aconfesionalidad del Estado para defender el valor fundamental que sustenta la democracia como es el pluralismo. El Estado democrático debe ser aconfesional no tomando partido por ninguna confesión religiosa determinada, y generando de este modo un sentimiento de cómo el Estado no es de unos sino de todos. El Estado democrático de derecho debe ser imparcial y neutral respecto a la libertad religiosa, velándola y protegiéndola como derecho básico fundamental desde el principio de igualdad y neutralidad religiosa.

La laicidad es un atributo esencial del Estado Democrático de Derecho porque permite la diversidad de las pertenencias religiosas, confirmar el paso de las creencias y prácticas a la esfera privada y hacer del ámbito público un lugar neutro de ejercicio de la libertad. El carácter laico simboliza el hecho básico de que el vínculo social no es ya religioso, sino nacional y por lo tanto político. El proyecto de la construcción del Estado moderno tiene una raíz republicana, de aquí emana su universalismo cívico y político (Kant)⁵⁴⁴ frente a todo particularismo étnico, moral, cultural o religioso específico. La irrupción del cristianismo en el periodo romano profundizó y desarrolló el repliegue del individuo hacia la vida privada frente al descrédito y renuncia de la vida pública. La superioridad de la vida contemplativa en oposición al descrédito de la vida activa trajo consigo la extensión y desarrollo de una visión antipolítica. La inmortalidad de la polis (mundo clásico) fue sustituida por la inmortalidad individuo (mundo medieval), de este modo, el problema central

⁵⁴⁴ Vid. KANT, I., *La paz perpetua*, (Introducción A. Truyl y Serra y trad. Joaquín Abellán), Madrid, Tecnos, 1985.

del hombre medieval se convierte en el problema de la salvación del alma (salvación eterna) como un problema personal e intransferible. En este aspecto, la politeia griega y la civitas romana fueron sustituidas por la vida ascética monacal medieval.

El individuo que nació de la modernidad es el sujeto titular de los derechos humanos. La modernidad reafirma la libertad entendida como facultad de autodeterminación de todo ser humano y, en este sentido, supuso una gran revolución epistemológica, metafísica y jurídica con respecto al mundo medieval. Sin duda, el detonador o polvorín doctrinal estaba cargado a través de la filosofía nominalista de Duns Scoto y Guillermo de Ockham y el averroísmo político latino de Marsilio de Papua. Para el nominalismo sólo existen y son reales los seres singulares designados con nombres propios, los nombres propios, los nombres comunes o universales son sólo instrumentos útiles para connotar una pluralidad de seres individuales, (de nullo cognitio quod non sit ipsa cognitio scitur cercitudinaliter esse). Por tanto, lo único realmente existente es el sujeto singular y particular. Con esta concepción nominalista surgió nuestro concepto actual de derecho subjetivo como derecho individual.

La modernidad quebró la unidad religiosa y política de toda Europa con la consiguiente desintegración que abonó el terreno para una mayor autonomía de la esfera jurídica respecto a la moral y la religión, convirtiéndola en una esfera ética neutral como presupuesto lógico de una sociedad abierta⁵⁴⁵. El caso de Inglaterra, Enrique VIII no resolvió únicamente sus problemas conyugales, sino que respondió también al sentimiento de una nación preocupada por limitar la intervención extranjera en su territorio, sobre todo la intervención del Papado, España y Francia. El protestantismo inglés, denominado de manera significativa anglicanismo, y su individualismo racionalista reforzaron el sentimiento nacional y contribuyeron a difundir entre la población la idea de que los ingleses eran el nuevo pueblo elegido.

La Iglesia cuya figura dirigente era y sigue siendo el Rey de Inglaterra, ha consagrado la unión entre religión institucional y nación. El caso de España, pudo ser parecido sólo que en sentido contrario, los Reyes católicos

⁵⁴⁵ Vid. ARA PINILLA, I., "Derecho y Moral", en *Teoría del Derecho*, 1996, p. 134; DE CASTRO CID, B.: "Moral y Derecho", en *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural* [A. Fernández-Galiano y B. de Castro Cid], 1999.

constituyeron la construcción de un Estado moderno (el primer Estado moderno europeo). En 1492 expulsaron de la Península ibérica a sefartidas (hispano-judíos) y moriscos (hispano-musulmanes) bajo el pretexto de la unidad religiosa y política del nuevo Estado. El fundamento religioso fue la excusa para conquistar el Al-andaluz y unificar de este modo los distintos reinos cristianos dispersos y debilitados, Castilla y León, Navarra, Aragón y Cataluña.

6.1 LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA LIBERTAD DE CREENCIA

Un ejemplo claro de los límites constitucionales y legales que debe respetar y garantizar el Estado, en razón de la libertad de conciencia y religiosa de las personas es el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2001. Se trató de la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura judicial impuesta a la exhibición de la película, que exhibía parte de la vida de Cristo desde una perspectiva poco ordinaria, por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica, el 29 de noviembre de 1988. Decisión ratificada posteriormente por la Corte Suprema de Justicia. A pesar de que el 17 de noviembre de 1999, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de reforma constitucional tendiente a eliminar la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. A pesar de ello, no se habían completado los trámites necesarios para su aprobación.

... el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ SCIDH: “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.

En conclusión, se determinó que el Estado chileno había vulnerado el artículo 13 de la CADH, respecto a la libertad de conciencia, pensamiento y de religión. En tal sentido, el derecho a la libertad de conciencia y religiosa se encuentra amparado por el artículo 24 de la CPEUM. En primer lugar, el principio de reserva de ley dispone que el Congreso no puede establecer leyes que prohíban religión alguna. Asimismo, la libertad de creencia es en un sentido tanto positivo como negativo, es decir, como un no hacer o abstenerse de actuar por parte del Estado y en sentido positivo, de crear las condiciones para que todas las religiones o creencias se encuentren en igualdad de condiciones al momento de que las personas titulares del derecho lleven a cabo actos religiosos o de culto público. Para ello, existe la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, la cual es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de asociaciones, agrupaciones religiosas, iglesias y culto público. Sus normas son de orden público y de observancia general en el territorio nacional. El artículo 2 de la citada ley, establece la vertiente positiva y negativa (creer o no creer) del derecho fundamental en cuestión.

Ahora bien, como recordábamos, el caso del Niño Marcos, expuesto como un ejemplo de una clásica ponderación realizada por el Tribunal Constitucional Español. Un conflicto entre la libertad de creencia o religiosa, ante el derecho a la vida. En el caso en particular, en ningún momento encuadraría como “un delito o falta penados por la ley”, si seguimos el numeral 24 de la Constitución Federal, ya que, para que este supuesto tenga lugar, se requiere que a través del ejercicio mismo de la libertad religiosa, estemos ante un delito tipificado por la ley penal. Mientras que el caso expuesto del TCE, abordó únicamente la negativa de tratamiento médico por los padres de familia, ante el ejercicio de su libertad religiosa. Situación distinta ocurre, por ejemplo, en un caso también famoso, sucedido en el municipio de Netzahualcóyotl, Estado de México, 28 de mayo de 2012, a través de un ritual practicado por una madre hacia su hijo, quien le extrajo los globos oculares en un ritual religioso, lo cual constituyó a todas luces, un delito tipificado por las leyes penales (lesiones).⁵⁴⁷

⁵⁴⁷<http://www.jornada.unam.mx/2013/05/31/estados/033n2est>

7. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO: SU CONTENIDO ESENCIAL Y SUS LÍMITES

La CIDH se ha referido al contenido esencial del derecho de circulación y residencia consiste básicamente en lo siguiente:

- a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y
- b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.

El artículo 11 de la CPEUM establece este derecho fundamental, para que toda persona que se encuentre en territorio mexicano pueda gozar del contenido esencial descrito líneas arriba, detallando que bajo ninguna circunstancia se deberá exigir carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio a este derecho fundamental se encuentra subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Entonces, las leyes de migración y de salubridad reducen y limitan el derecho fundamental a la libertad de tránsito de manera legítima, pero siempre y cuando cumplan con los requisitos de audiencia y debido proceso a quienes se trate de expulsar del territorio mexicano. Actualmente, existe un gran déficit en la efectividad de los Derechos Fundamentales para con los migrantes en el sentido de que el Estado mexicano vulnera y transgrede sus derechos, así como los particulares, con las mafias de crimen organizado.

A lo largo de los años, Organizaciones no Gubernamentales de prestigio, como Human Rights Watch, la Federación Internacional de Derechos

Humanos y Amnistía Internacional, han denunciado la seria, masiva y sistemática violación a los derechos humanos de las personas migrantes del centro y Sudamérica en su paso por México hacia Estados Unidos de Norteamérica. En tal sentido, la protección ínfima y deficiente, así como la capacidad del Gobierno mexicano ha sido mínima, al permitirles denunciar los abusos que constituyan posibles violaciones a sus derechos humanos.

Tengamos en cuenta que hasta 2010, en México se criminalizaba el hecho de ser migrante ilegal, en territorio mexicano.⁵⁴⁸ A raíz de la publicación de cifras sobre secuestros, varias ONG's denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que ésta se pronunciara al respecto. La audiencia tuvo un gran impacto, ya que la Comisión llamó la atención al Estado mexicano, a fin de que resolviera la grave crisis humanitaria por la que atraviesa actualmente. Uno de los sucesos más espeluznantes y escalofriantes, fue la muerte de 72 migrantes indocumentados asesinados, que aparecieron en la comunidad de San Fernando, en Tamaulipas.

Ante esta alarmante crisis, se publicó en México el 25 de mayo de 2011, la Ley de Migración, cuyo objeto sería regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales. Otra de las limitantes, los establece la Ley General de Salud, en aquellos casos donde se ponga en peligro por enfermedades graves o contagiosas, por ejemplo, el numeral 149, de la citada Ley.

Sin embargo, hay que precisar, que este derecho, de acuerdo a la SCJN, "sólo salvaguarda a los individuos y no a los vehículos automotores a través

⁵⁴⁸ Federación Internacional de Derechos Humanos (2008), Estados Unidos-México. Muros, abusos y muertos en las fronteras: Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos, <http://www.fidh.org/Muros-abusos-y-muertos-en-las-fronteras.5336>.
Amnistía Internacional (2011), Víctimas invisibles. Migrantes en movimiento en México, 2010, <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/abusos-generalizados-migrantes-mexico-crisis-ddhh-2010-04-28> y <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/abusos-generalizados-migrantes-mexico-crisis-ddhh-2010-04-28>.

Human Rights Watch (2011), Informe Mundial 2011, <http://www.hrw.org/es/world-report-2011/mexico-0>.
Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2009), Informe Especial sobre los Casos de Secuestro en contra de Migrantes, <http://www.cndh.org.mx/INEFORMES/Especiales/infEspSecMigra.pdf>.

de los cuales se desplazan.”⁵⁴⁹ Por consiguiente, esta interpretación está dirigida también, sobre cualquier vehículo o transporte que implique una extensión de la persona. Este argumento en sí, nos parece totalmente alejado a la misma lógica y muestra una visión literal de la Constitución Federal y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, llevándonos incluso a un absurdo, pues obviamente el ejercicio de los Derechos Fundamentales, debe incluir la utilización de objetos exteriores al cuerpo humano para que estos sean efectivos.⁵⁵⁰

7.1 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS RETENES Y SU RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

Tal y como hemos afirmado: la postura de la SCJN es que los retenes no violan la libertad de tránsito, debido a que este derecho fundamental no contempla la posibilidad de que el titular del derecho en cuestión lo ejerza a través de una extensión, como los vehículos automotores. Uno de los casos emblemáticos al respecto, lo resolvió hace algunos años la SCJN, en una detención efectuada en el municipio de Zacatecas, en un puesto de revisión militar. El estudio sobre los retenes se relaciona con la detención del Señor Gustavo Medina Campos el veintisiete de febrero de dos mil uno, cuando circulaba por la carretera federal 54, en Zacatecas. Fue interceptado por un puesto de control militar en la comunidad “Corral de Piedra”, encontrándosele en posesión de 591 kilogramos de marihuana. Por este motivo, las autoridades militares dieron aviso a la Zona Militar competente, poniéndolo posteriormente a disposición del Ministerio Público, con la finalidad de que hiciera la averiguación correspondiente, ofreciendo a los militares como testigos de los hechos. Posterior a ello, el Magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito dictó el veintisiete de noviembre de 2003 sentencia definitiva, por el tipo penal de delitos contra la

⁵⁴⁹ VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL NUMERAL III.8 DEL CAPÍTULO 3 DEL PROGRAMA RELATIVO AL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2006, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRÁNSITO. Registro: 165648; Tesis: 2a./J. 192/2009; [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 359.

⁵⁵⁰ De esta manera fue reconocido en la Tesis: VEHÍCULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTÍCULOS 7o., FRACCIÓN VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLÓGICA PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTÍCULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Tesis: P. V/96, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Febrero de 1996, p. 173.

salud en su modalidad de transportación, condenando finalmente a una pena privativa de libertad de once años con tres meses de prisión.

A raíz de lo anterior, el actor interpuso un amparo en contra de la sentencia relatada anteriormente, alegando la violación de su derecho a la libertad de tránsito y los actos de molestia, consagrados en los artículos 11 y 16 respectivamente. Manifestando en esencia, que la detención e investigación a los vehículos que transitan libremente de acuerdo a los derechos constitucionales citados no podía limitarse por los puestos de revisión o retenes. Situación que se encontraba justificada únicamente si las “garantías individuales” se encontraban suspendidas, de acuerdo a los requisitos y condiciones que el mismo artículo 29 de la Carta Magna indica, o bien, cuando hubiera una violación a la ley penal, infracción administrativa, o la comisión flagrante de algún delito o ante el cumplimiento de un mandato judicial. Ya que de no cumplirse los requisitos anteriores, las diligencias y medios de prueba obtenidos a partir de los mismos, carecían de eficacia dentro de un proceso penal. Por tal motivo, solicitaba la interpretación directa, gramatical, histórica, teleológica y conjunta de los artículos 11, 16, 128 y 133 constitucionales, en relación con lo dispuesto en los preceptos 1 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto en la primera sentencia, como en la resolución definitiva dictada con motivo del amparo interpuesto por el quejoso, se determinó que el argumento sobre la inconstitucionalidad de su detención, resultaba “inatendible”. De acuerdo a la Corte esto significaba que “a ningún fin práctico llevaría analizarlos, pues aun si fueran fundados, sólo tendría como consecuencia que se desestimara lo manifestado por los elementos captores sobre la forma y términos en que se verificó la aprehensión del quejoso, pero de ninguna manera tendría el alcance de nulificar los restantes elementos de convicción que fueron recabados en la averiguación previa y la causa penal de origen para determinar su responsabilidad”. Para tal efecto, se realizó un análisis legislativo sobre el recurso de revisión regulado por el artículo 107, fracción IX, de la Constitución Federal, citando la exposición de motivos, así como el debate parlamentario que se dio sobre este precepto. En opinión de la mayoría del Pleno, los argumentos del actor resultaban una mera “fórmula ingeniosa” con la cual se lograría en todos los casos que se tuviera que considerar procedente el recurso.⁵⁵¹ Por lo que si el Tribunal Colegiado ante

⁵⁵¹ Amparo Directo en Revisión 498/2006, Considerando Cuarto de la Sentencia, p. 11.

el cual interpuso por primera vez su amparo el quejoso no entró al análisis constitucional de la detención y la consiguiente obtención de pruebas incriminatorias, la SCJN tampoco podía hacerlo, porque la Ley lo establecía de ese modo.

El voto particular del ministro José Ramón Cossío muestra de manera clara el análisis frontal de la cuestión de fondo que se debió hacer en la sentencia. Sin embargo, no coincidimos con el primer punto del mismo, al no considerar a la circulación en vehículos automotores dentro de la libertad de tránsito. Este argumento en sí, nos parece totalmente alejado a la misma lógica y muestra una visión literal de la Constitución Federal y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, llevándonos incluso a un absurdo, pues obviamente el ejercicio de los Derechos Fundamentales, debe incluir la utilización de objetos exteriores al cuerpo humano para que estos sean efectivos.⁵⁵² Esto encuentra fundamento en el mismo concepto de libertad positiva y negativa al que nos hemos referido en el primer capítulo de este trabajo. El argumentar que la libertad de tránsito no comprenda la extensión del mismo a través de los medios para desplazarse a lo largo y ancho de nuestro país, reduciría este mismo derecho fundamental a poder transitar algunos kilómetros. Llevando al absurdo dicho argumento, un discapacitado en silla de ruedas no gozaría de este derecho fundamental, pues la mencionada "garantía" no comprende, desde la perspectiva de la SCJN, al medio de transporte.

8. EL DERECHO A LA PROPIEDAD DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL: SU FUNDAMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO

El derecho a la propiedad tiene un trasfondo perteneciente a las ideas del liberalismo político contractualista, exaltado por las ideas que alimentaron las principales revoluciones liberales y burguesas (inglesa, americana y francesa), donde se consagró el derecho a la propiedad como un derecho inalienable y casi hasta absoluto, donde el Estado no tenía intervención alguna para limitar los abusos de su ejercicio. Ferrajoli ha denunciado esta equivocada concepción

⁵⁵² De esta manera fue reconocido en la Tesis: VEHICULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTICULOS 7o., FRACCION VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLOGICA PARA LA PREVENCION Y CONTROL DE LA CONTAMINACION GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTICULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Tesis: P. V/96, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Febrero de 1996, p. 173.

al distinguir entre las cualidades de los Derechos Fundamentales y los Derechos Patrimoniales. Mientras que los Derechos Fundamentales son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.⁵⁵³ Estos derechos últimos son producto de la filosofía iusnaturalista, propia del contractualismo liberal basada en la filosofía del liberalismo político, cuyo máximo exponente fue John Locke. Sobre la filosofía de Locke, podemos señalar que para él, el derecho a la propiedad privada era considerado un derecho fundamental, que se basaba en el esfuerzo y el trabajo del ser humano sobre la naturaleza. El descubrimiento de vastos territorios en América del Norte, ayudó a la tesis de fusionar el sentimiento de propiedad como un derecho no enajenable. De hecho, en sus tratados, el filósofo inglés, emplea frecuentemente la palabra *property*, donde quiere significar un derecho natural como derecho básico y sumamente importante dentro de los derechos naturales de vida, libertad y posesión.⁵⁵⁴

El liberalismo político de John Locke mezcló ambas categorías de derechos patrimoniales y fundamentales, figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad y los derechos de propiedad, fruto de la yuxtaposición de doctrinas iusnaturalistas y civilista-romanista. Una yuxtaposición que ha condicionado nuestra teoría de los derechos en su totalidad hasta nuestros días y nuestra concepción de Estado de derecho. Ferrajoli denuncia esta confusión o yuxtaposición como grave equívoco teórico histórico responsable de posteriores operaciones políticas del siglo XIX y XX que llevan a equiparar al mismo nivel, dentro de la tradición liberal, el derecho de propiedad con los de libertad y, a la inversa, en la tradición marxista, el descrédito y desvaloración de las libertades.

Con esta distinción fundamental, Ferrajoli cuestiona y pone en entredicho fuertemente la tradición del liberalismo político que equipara ambos tipos de derechos. Para nuestro autor, los Derechos Fundamentales son concebidos como normas, mientras los derechos patrimoniales son predispuestos como normas o actuaciones concretas. Esta diferencia sutil y enormemente significativa brinda una primacía a los Derechos Fundamentales sobre los

⁵⁵³ FERRAJOLI, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002, p. 31.

⁵⁵⁴ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, FCE, México, 1984, p. 388.

patrimoniales a la hora de comprender la estructura interna del Estado Constitucional. De acuerdo a las ideas expresadas en este apartado, considero que es pertinente que la Constitución Española haya otorgado la característica de función social al derecho de propiedad, ya que se trata de un derecho fundamental distinto a los demás, que implica para sus titulares no solamente derechos, sino también deberes frente a las demás personas con el objeto de aminorar las constantes desigualdades no solo de derecho sino de facto.

Desde nuestra perspectiva, creemos que la propiedad debería ejercer una función social, además de estar contemplado como un derecho fundamental. Conforme al pensamiento de Paolo Grossi, la construcción jurídica de la propiedad se ha edificado sobre una pluralidad de concepciones basado en la realidad de los hechos naturales y económicos, pues la propiedad, más allá de tecnicismos, precisiones ideológicas, tiene también otros horizontes: la dimensión cultural y económica del fenómeno de la apropiación privada. No se puede ser absolutamente reduccionista a tal grado de llegar al determinismo económico para analizar la institución, y de igual forma, el otro extremo a través del determinismo marxista. Para ser un adecuado análisis de la propiedad, es necesario entenderla, lo afirma GROSSI, como una "mentalidad jurídica" que forma parte de una civilización y de una cultura.⁵⁵⁵ Dicho esto, considero que es necesaria una revisión en base a estos horizontes para una comprensión holística de la institución de la propiedad.

El derecho romano de la etapa postclásica se limitó y redujo la interpretación del "dominium" y "propietás" a un ejercicio pleno sobre la cosa. Paradigma que fue trasladado al modelo de Código Civil Napoleónico (pandectístico), sobre una apropiación no solamente "individual sino en la apropiación de contenidos particularmente potestativos".⁵⁵⁶ De ahí el surgimiento de la propiedad moderna fundado en el "dominium" y sobre múltiples posiciones de efectividad económica sobre el bien. Es decir, durante la época de la codificación francesa, principalmente en el Código Napoleónico predominó la teoría individualista y la interpretación a partir de la lectura de los fisiócratas, así como los filósofos racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Es entonces en el Código Civil francés de 1804, donde se consolidará el dominio como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Absoluta, cuanto otorga a su titular

⁵⁵⁵ GROSSI, Paolo, La propiedad y las propiedades (Un análisis histórico), op. cit., 26 y ss.

⁵⁵⁶ GROSSI, Paolo, La propiedad... op. cit., p. 32.

un poder ilimitado sobre la cosa, *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*; exclusivo, en cuanto que facilita el goce propio de la cosa y faculta para impedir el goce ajeno; y perpetuo, en la medida en que no está sujeto a ninguna limitación temporal, puede durar tanto como la cosa sobre la que recae y no prescribe por falta de ejercicio con el paso del tiempo.⁵⁵⁷ Interpretación que se vio reforzada por la Escuela de la Exégesis.

A principios del siglo XX, el jurista León Duguit reformula el concepto derecho de propiedad como un derecho subjetivo por una idea de función social, para afirmar que se le reconoce al individuo para la realización de determinada función.⁵⁵⁸ El citado autor denuncia precisamente las grietas de la formulación de los principios liberales plasmados en la Revolución Francesa y su interpretación por los liberales del siglo XIX, en torno a la concepción puramente individualista del derecho, basado en sus derechos subjetivos. En este sentido, propone la superación de esta fase, a través de una concepción esencialmente socialista, fundado en la regla social. Al respecto, afirma:⁵⁵⁹

La propiedad no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y debe ser; es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho, es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.

Duguit reformula la idea del derecho a la propiedad en el sentido de que ésta más allá de un derecho, también constituye un deber y una obligación de orden subjetivo de emplear la riqueza que posee, en mantener y aumentar la interdependencia social. La teoría del jurista francés no fue bien acogida por la doctrina dado que representaba la negación de la propiedad como un

⁵⁵⁷ CALVO SAN JOSÉ, María José, La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 51.

⁵⁵⁸ DUGUIT, León, Manual de Derecho Constitucional, (Estudio preliminar, la Teoría Jurídica de León Duguit, por José Luis Monereo Pérez y José Calvo González), Comares, Granada, 2005, p. 269. Las transformaciones del Derecho Público y Privado, Comares, Granada, 2007, p. 167.

⁵⁵⁹ DUGUIT, León, Manual de Derecho Constitucional, op. cit, p. 180.

“derecho subjetivo”, quedando reducido el propietario a un simple funcionario. Pero de ahí la reelaboración en torno a la idea de que era necesario que la propiedad cumpliera no solo con necesidades individuales, sino también colectivas.

En este sentido, el concepto de propiedad que proporciona el artículo 830, del Código Civil Federal que dispone: “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.” El agotamiento de este paradigma individualista y de signo claramente pandectista-napoléonico comenzaría igualmente con la doctrina social de la Iglesia. Desde 1891, con León XIII, en su Encíclica “*Rerum Novarum*”, la Constitución Pastoral “*Gadium et Spes*”, donde se advierte: “La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos garantizan a cada cual una zona absolutamente necesaria de autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como prolongación de la libertad humana”.⁵⁶⁰ La categorización del derecho a la propiedad como una función social impregnará en los subsecuentes momentos históricos al constitucionalismo de la segunda posguerra, en el caso en particular, a la formulación del texto constitucional español, que más allá de una simple concepción individualista, ostenta la doble faceta de derecho y deber.

8.1 EL CARÁCTER SOCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

El artículo 27 de la CPEUM, es producto de una de las revoluciones sociales más importantes del siglo pasado. En este precepto se consagraron de manera expresa las ideas revolucionarias de carácter social más importantes de ese momento: la regulación de la propiedad privada, y el carácter social de las tierras que durante décadas habían pertenecido a los señores latifundistas. No por nada este precepto de la Constitución Federal junto con el 123 y el 130, son de los más importantes de la Constitución de 1917, y que le otorgan el carácter social a la primera Carta Fundamental de este tipo en el mundo. Este numeral dispone lo siguiente.

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originaria-mente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

⁵⁶⁰ SEGADO, Fernando, *El Sistema constitucional español*, op. cit., p. 448.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

La SCJN se ha referido a la "propiedad absoluta", "dominio supremo", "dominio pleno" o "dominio eminente", similar al existente en el derecho colonial o virreinal, delimitado actualmente por el derecho internacional. Y ha sido enfática en señalar que por dominio directo, entiende que sólo ella puede disponer de los recursos o bienes, vivos o no, descritos en esos párrafos, pero en uso de esa soberanía autoriza a los gobernados -sin que en estos casos pueda constituirse la propiedad privada-, su explotación y aprovechamiento temporal a través de una concesión, salvo los casos de excepción previstos en el sexto párrafo del artículo 27 de la Ley Fundamental.⁵⁶¹ Asimismo, la función social ha sido reivindicada por el máximo Tribunal a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad, es decir, en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad

⁵⁶¹ PROPIEDAD ORIGINARIA DE LA NACIÓN Y DOMINIO DIRECTO DE LOS RECURSOS NATURALES. SUS DIFERENCIAS. Registro: 163981; Tesis: 2a. LXXVIII/2010; [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 468.

privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.⁵⁶²

Asimismo, se debe entender por modalidad a la propiedad privada “debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho.” Por ende la imposición de estas “modalidades”, se traduce en la supresión o limitación de algunos de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta, de manera que sólo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, la imposición de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan.⁵⁶³ Desde una perspectiva comparada, el Tribunal Constitucional Español ha considerado en su resolución 37/1987, el ámbito institucional y social de la misma.

1. ...la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por

⁵⁶² PROPIEDAD PRIVADA. EL DERECHO RELATIVO ESTÁ LIMITADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL. Registro: 175498; Tesis: P/J. 37/2006; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Marzo de 2006; Pág. 1481.

⁵⁶³ PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN. Registro: 190599; Tesis: 1a. XLI/2000; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 257.

ello la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Conforme a lo anterior, el ejercicio del derecho de propiedad no implica de ninguna forma el ejercicio absoluto del mismo por medio de una concepción absoluta del mismo, sino que el ejercicio de este derecho fundamental incluye una vertiente institucional, derivada de la faceta social, cuyo titular del derecho se encuentra obligado a cumplir, en atención a los valores o intereses de la colectividad, y a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio. En este sentido, la fijación del contenido esencial o núcleo duro de este derecho fundamental no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. De tal forma, la utilidad individual y la función social lo definen, convirtiéndose por consiguiente en parte inescindible de su contenido mismo sobre cada categoría o tipo de bienes.

En los casos jurisprudenciales relatados, la regulación constitucional de la expropiación no supone la anulación al contenido esencial del derecho a la propiedad, sino solo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o una utilidad social superior, ante el contenido económico del derecho sacrificado (propiedad). Teniendo como medida alternativa, el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho de que el titular ha sido privado. Asimismo, algunos autores como el profesor José Calvo, afirman que es necesario distinguir entre límites y limitaciones en torno al derecho de propiedad. Conforme a la doctrina alemana, la delimitación es aquella que integrándose en el contenido del dominio, afecta toda la propiedad; mientras que la limitación no representa otra cosa que una anomalía en el estatuto normal de la propiedad, afectando exclusivamente a diferencia de la delimitación, al dominio que restringe y no

a otro.⁵⁶⁴ Dicho lo anterior, se puede concluir entonces que los límites ofrecen la panorámica hasta donde llega el poder del propietario, forman parte del contenido del derecho, “los límites son internos, consisten en las fronteras o punto normal hasta donde el poder del dueño llega, forman parte del contenido del derecho. Las limitaciones o cargas son externas al derecho de propiedad y consisten en reducciones al ámbito del poder tipificado legalmente como propio del titular del derecho y fruto de la colisión con otras figuras jurídicas”.⁵⁶⁵

Como conclusión previa de lo anterior, podemos decir que los límites son entonces los instrumentos de la técnica jurídica, con la finalidad de corregir el ejercicio absoluto del derecho a la propiedad privada, que nacen precisamente de la función o característica social, en contraposición al absolutismo o individualismo posesivo del propietario, así como del poder arbitrario del mismo. En este sentido, nos apoyamos en lecturas como la de Paolo Grossi, quien afirma que no es posible construir figuras jurídicas sin desapegarse a la realidad de los hechos naturales y económicos. Asimismo, debe tomarse en cuenta la dimensión cultural y económica del fenómeno, tal y como sostiene en su idea: “la propiedad como una mentalidad jurídica que forma parte de una civilización y una cultura”. De igual manera, es necesario reformular nuestra concepción liberal del derecho a la propiedad, a partir de las ideas de Duguit, en el sentido de conferirle al derecho a la propiedad la característica de función social con el objeto de llevar a cabo un análisis crítico y superar la visión reduccionista a partir de una comprensión más holística y tomando en cuenta la función que desempeña este derecho en la sociedad, y más con las necesidades actuales de la sociedad contemporánea.

La construcción doctrinal del derecho a la propiedad no se encuentra muy alejada de los criterios jurisprudenciales, ya que el propio Tribunal Constitucional ha determinado la faceta institucional cuya finalidad es corregir el ejercicio absoluto del mismo, y valorar los intereses de la colectividad, de tal forma que la utilidad individual y la función social lo definen, convirtiéndose por consiguiente en parte inescindible de su contenido mismo sobre cada categoría o tipo de bienes. De acuerdo a lo anterior, es pertinente señalar que al momento de analizar la propiedad regulada por la CPEUM, así como su interpretación por el máximo Tribunal de aquel país, no basta con

⁵⁶⁴ CALVO SAN JOSÉ, María José, La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística, op. cit., p. 84.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 85.

definir o delimitar el derecho a partir de simples técnicas argumentativas basadas en los principios económicos, sino que se vuelve necesario ir más allá del fenómeno de la economía y argumentar en base a distintas concepciones pluralistas de propiedad y entender que la configuración del esquema reduccionista-economicista de propiedad imperante hoy en día, ha transformado las relaciones de sujeto-objeto no solamente en los países iberoamericanos, sino en el mundo entero. Las desigualdades abismales entre sectores, la pauperización de las grandes urbes, el aumento de precio en los espacios y asentamientos humanos, la especulación financiera y la inminente crisis económica y recesión mundial, son fenómenos que deben inquietarnos para pensar sobre estos viejos-nuevos esquemas y <mentalidades> jurídicas que han perpetuado desigualdades y disminuido la capacidad de decisión en las democracias modernas.

El artículo 191, del Código Penal Federal en México establece: Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez.

Conforme a los penalistas más avezados, el objeto jurídico del delito, lo constituye la dignidad de la nación; el sujeto activo lo puede ser cualquier persona: nacional o extranjero; el sujeto pasivo, la nación. “Los ultrajes puede ser cometidos por medio de palabras, actos, gestos, sonidos injuriosos, escritos, comunicaciones telegráficas o telefónicas, figuras, emblemas, caricaturas, etc.; y asimismo por medio de expresiones aparentemente inofensivas pero que tienen, su razón de las circunstancias, una connotación injuriosa o difamatoria”. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, (25ª ed.), Porrúa, México, 2003, pp. 496-500.

En 2001, el poeta Sergio Hernán Witz Rodríguez, escribió en abril, un poema en la Revista ‘Criterios’, del Estado de Campeche, número 44, que decía lo siguiente.

INVITACIÓN’ (La Patria entre mierda)

‘Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta.’

El autor del poema fue procesado penalmente por el delito de ultrajes a los símbolos nacionales, descrito anteriormente. El poeta solicitó un amparo, debido a que consideraba que el procesamiento penal constituía una violación a los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de imprenta, seguridad jurídica, además de ser una pena infamante que la mera expresión de ideas estuviera tipificada como una conducta que pudiera ser objeto del *ius puniendi* (poder penal del Estado).

1. De acuerdo a lo expuesto en este capítulo ¿Es posible castigar penalmente a una persona por ejercer su libertad de expresión?
2. ¿Es susceptible de ponderación el presente caso? De ser así, ¿cuáles bienes se encuentran en conflicto?
3. ¿Existe un derecho a la libertad artística?
4. ¿Puede el Estado controlar o entrometerse en la manera en que un artista expresa sus ideas?

México D.F., 24 de octubre de 2011. Las relatorías para la libertad de expresión de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos agradecieron hoy la apertura del Estado mexicano al haberles invitado a visitar el país, durante la presentación de los informes de misión publicados por ambas Relatorías en seguimiento a la visita oficial conjunta que efectuaron a México entre el 9 y el 24 de agosto de 2010. Sin embargo, los Relatores llamaron al Estado a implementar las recomendaciones incluidas en dichos informes y enfatizaron la necesidad de que el Estado brinde una respuesta decisiva para proteger de la violencia a periodistas y medios de comunicación.

Sin embargo, La Rue y Botero insistieron en la persistencia de enormes desafíos relacionados particularmente con la violencia que enfrentan las y los comunicadores, la cual tiene un intolerable efecto de silenciamiento en algunas zonas del país. Los relatores reafirmaron que México ha sido en la última década el país más peligroso para el ejercicio del periodismo en las Américas, como lo demuestran los 70 homicidios cometidos contra comunicadores entre los años 2000 y 2010, así como los 13 asesinatos registrados entre enero y octubre de 2011 en los cuales no se ha descartado un vínculo con la actividad profesional.

Fuente: Centro de Noticias de la Organización de las Naciones Unidas.

5. De acuerdo a la Relatoría en materia de Libertad de Expresión de Naciones Unidas ¿es legítima la acusación penal por la mera expresión de ideas?
6. ¿Cuáles son los límites del ejercicio de la libertad de expresión?

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA: VALOR JURÍDICO FUNDAMENTAL

La seguridad jurídica está íntimamente ligada con el nacimiento del Estado liberal ya que este representa “el *mínimum existencial* que permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida, el mantenimiento de ésta con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbre”⁵⁶⁶. La legalidad el Estado de derecho se manifiesta mediante varias premisas: la voluntad mayoritaria del pueblo, la igualdad ante la ley y por poseer un contenido perfectamente delimitado, lo que se traduce bajo la forma de Derechos Fundamentales. La certeza del derecho se traduce, básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos. Con ello se tiende a establecer un clima mínimo de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de derecho.⁵⁶⁷

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO PRESUPUESTO DEL DEBIDO PROCESO: LOS RECURSOS JUDICIALES SENCILLOS, EFECTIVOS E IDÓNEOS

El acceso a la justicia ha sido una de las asignaturas pendientes con mayor demanda por parte de la ciudadanía en el Estado mexicano. Igualmente, en el plano internacional existe una fuerte exigencia para satisfacer este derecho fundamental, en las seis sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han condenado al Estado, por haber vulnerado este derecho fundamental, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, contenida en su numeral 25.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ PECES BARBA, G. M., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., p. 246.

⁵⁶⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 142-143.

⁵⁶⁸ 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, uno de los elementos y requisitos imprescindibles de este derecho fundamental es la accesibilidad y efectividad del mismo. Esto, se refiere a que el justiciable tenga acceso al recurso y, que el Tribunal competente tenga las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados.⁵⁶⁹ El requisito de accesibilidad se traduce en la dimensión institucional del derecho en cuestión,⁵⁷⁰ mientras que la efectividad, se refiere que, el legislador, en ejercicio del principio de reserva de ley, es el único legitimado para establecer las limitaciones o restricciones que considere convenientes, siempre y cuando, éstas respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, así como el contenido esencial del derecho en cuestión.⁵⁷¹

1.1 DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO

El derecho fundamental de acceso a la justicia guarda una relación intrínseca con la tutela de justicia efectiva, en el sentido de permitir a los justiciables el acceso a las instituciones, así como contar con recursos que les permitan impugnar entablar una acción ante los Tribunales competentes. Entendida la acción procesal como “el derecho de la persona que la ejercita a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia que resuelva el litigio que plantea con su demanda, ya sea a favor o en contra de su pretensión, y la obligación correlativa de los órganos jurisdiccionales que únicamente estriba en desarrollar un proceso y dictar una sentencia para resolver dicho litigio”.⁵⁷²

En tal sentido, la acción debe ser considerada como un verdadero 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.”⁵⁷³ De acuerdo con esto, existe una serie de interpretaciones sobre el correcto significado de derecho subjetivo, desde la clásica concepción del derecho

⁵⁶⁹ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Pár. 102-103.

⁵⁷⁰ LUHMANN, N., Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política), Universidad Iberoamericana-Oak Editorial, México, 2010, p. 311.

⁵⁷¹ Häberle, Peter, La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.

⁵⁷² Gómez Lara, C., Teoría General del Proceso, Harla, México, 1990, pp. 147-149.

⁵⁷³ Echandi, D., Teoría General del Proceso (Aplicable a toda clase de procesos), Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 177

reflejo de Kelsen⁵⁷⁴, 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),⁵⁷⁵ hasta concepción moderna de Alexy, quien defiende una visión amplia y no reduccionista de los derechos, aceptando la reconexión conceptual entre el derecho y la moral, desde una perspectiva moderada del positivismo jurídico.⁵⁷⁶

En el marco del debido proceso, el acceso a la justicia no debería ser reducido al cumplimiento de requisitos formales, acorde a las leyes procesales respectivas para ejercitar la defensa de un derecho sustantivo. Durante décadas, por ejemplo, se pensó que la interpretación que se realizaba en torno a las causales de improcedencia en el juicio de amparo, específicamente aquellas relacionadas con el interés jurídico, al no permitir la entrada de acciones colectivas, eran acordes al derecho de acceso a la justicia contenido en la CPEUM. Esto puede leerse íntegramente de los propios textos de especialistas de la época.

Si un acto de autoridad no lesiona ninguna situación concreta que se haya formado o establecido conforme a una situación determinada, abstractamente prevista o tutelada por la ley, contra él no procederá el amparo por no afectar ningún interés jurídico de persona alguna, aunque tal acto pueda perjudicarla material o económicamente.⁵⁷⁷

No obstante, la tutela de colectivos, como consumidores, ambientalistas, entre otros, quedaba en indefensión ante este tipo de interpretaciones reduccionistas y formalistas de las causales de improcedencia, tildando sus intereses como difusos o imposibles de realización. Situación reconocida inclusive por la jurisprudencia de la propia SCJN, llegando a equiparar el concepto de derecho subjetivo con el de interés jurídico.

⁵⁷⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 139.

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ 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 Soderó y Pablo Rodríguez), Granada, Comares, 2005, p. 40.

⁵⁷⁷ Burgoa, I., *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 2006, p. 461.

INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.⁵⁷⁸

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un "poder de exigencia imperativa"; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto, si cualquier autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea

⁵⁷⁸ Registro: 233516, Pleno, [TA] Semanario Judicial de la Federación, 7a. Época, Pleno, S.J.F., Volumen 37, Primera Parte, Materia(s): Común, p. 25. En igual sentido: INTERÉS JURÍDICO PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Registro: 233285, Séptima Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 52, Primera Parte, Común, p. 46.

contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan "el poder de exigencia" correspondiente.

Esta concepción ha permitido por mucho tiempo, el menoscabo de los derechos patrimoniales, aún cuando existiese la posibilidad de demostrar la afectación a los mismos.

El perjuicio económico que redunde exclusivamente en menoscabo del interés económico, no perjudica jurídicamente, a diferencia del perjuicio jurídico que entraña lesión a un derecho consagrado por la ley. Debe tenerse siempre en cuenta la diferencia que existe entre el perjuicio económico y el perjuicio jurídico que el acto reclamado puede ocasionar a la parte quejosa, en vista de que si sólo se afecta el interés económico, el juicio de amparo es improcedente en los términos de la fracción VI del artículo 73 de la ley de la materia.⁵⁷⁹

En la actualidad, el panorama ha cambiado visiblemente, no solamente por las reformas a la Ley de Amparo, que amplían el abanico de posibilidades, así como la incorporación del derecho internacional de los Derechos Humanos al ámbito interno, sino por el cambio de paradigma desde la mentalidad judicial hacia una visión más garantista del derecho de acceso a la justicia. Básicamente, lo que se modifica es el 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,⁵⁸⁰ como la afectación a los derechos de los consumidores, o al medio ambiente, por ejemplo. 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.

⁵⁷⁹ PERJUICIO ECONÓMICO Y PERJUICIO JURÍDICO. EFECTOS EN AMPARO. Registro: 238343, Séptima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 83, Tercera Parte, p. 37.

⁵⁸⁰ Vid. Cruz Parceró, Juan Antonio, "El problema del uso de conceptos jurídicos y su repercusión práctica: un ejemplo de la jurisprudencia en México", en *El Lenguaje de los derechos (Ensayo para una teoría estructural de los derechos)*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 175-207. Ver también: *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004.

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. El debido proceso adjetivo o formal, tal y como se ha explicado previamente en este volumen, exige que las personas tengan acceso formal y material a la justicia. Esto guarda relación con los requisitos de accesibilidad y efectividad de los recursos judiciales. Tal y como he señalado, accesibilidad, relacionado con la dimensión institucional del derecho, y la efectividad, con la existencia de recursos judiciales sencillos, efectivos e idóneos. Se entiende por efectividad, el hecho de que exista en el Estado no solamente un recurso judicial, sino que éste debe ser efectivo para la protección de los derechos sustantivos,⁵⁸¹ como establece el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, éste debe satisfacer el requisito de idoneidad y proveer lo necesario para remediarla.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las 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.⁵⁸²

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.⁵⁸³

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 del debido proceso 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

⁵⁸¹ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), Pár. 136.

⁵⁸² 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.

⁵⁸³ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, cit., supra nota 83, Pár. 24.

derecho de toda persona a un debido proceso.⁵⁸⁴ Es decir, aplica para todos aquéllos Tribunales que ejerzan una función de naturaleza materialmente jurisdiccional. A esta dimensión, debe ser incorporada una perspectiva más, la de proyección de la dignidad de la persona humana, principio fundamental incorporado en nuestro ordenamiento jurídico de manera reciente, y sobre el cual se sustentan el resto de los Derechos Fundamentales.⁵⁸⁵ Acorde a ello, uno de los aspectos de realización de la dignidad humana, es contar con instrumentos efectivos para la protección de los Derechos Fundamentales, de lo contrario, el catálogo de derechos se tornaría un sinsentido, toda vez que hacen falta mecanismos procesales para hacerlos efectivos.

1.2 EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS LIMITACIONES

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...⁵⁸⁶

Tal y como hemos advertido previamente, el derecho de acceso a la justicia, debe ser efectivo, el Cuarto Tribunal Colegiado ha establecido que su interpretación debe ser 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

⁵⁸⁴ Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs, Panamá) Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas).

⁵⁸⁵ DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. No. De Registro. 165813 [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 8.

⁵⁸⁶ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro No. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.

agota con la existencia legal de un recurso, pues éste, debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida.”⁵⁸⁷ Siendo este un pilar indiscutible en el Estado de Derecho.

Conforme a esto, existen dos vertientes, una formal y otra material del derecho fundamental en cuestión. La primera, hace referencia a “la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento; desde luego que ello no significa que necesariamente se resolverá en forma favorable a los intereses del justiciable, sino sólo en los casos que en derecho proceda.” Por otra parte, 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.”⁵⁸⁸

Los requisitos de este derecho fundamental, como la efectividad, han sido expuestos en el Caso Castañeda. Al respecto, la CIDH ha determinado que la efectividad tiene relación con la posibilidad de que el Estado pueda brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos del precepto que regule procesalmente el derecho en cuestión.⁵⁸⁹ La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”⁵⁹⁰ En tal sentido, 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

⁵⁸⁷ ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. Registro No. 159 900. [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1053. I.4o.A. J/103 (9a.).

⁵⁸⁸ DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA. Registro No. 162 163. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1105. XXXI.4 K.

⁵⁸⁹ Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Pár. 191; Caso del Pueblo Saramaka, supra nota 6, Pár. 177; y Caso Yvon Neptune, supra nota 19, Pár. 77. Vid. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia Opinión Consultiva OC-9/87, cit., Pár. 24.

⁵⁹⁰ Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, Pár. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Pár. 192; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Pár. 131.

dispositivos internacionales 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entendiendo por sencillez, la ausencia de trabas u obstáculos procesales innecesarios, inadecuados o desproporcionales, que dificulten el ejercicio del derecho en cuestión. Por efectividad, la posibilidad real de interponerlo. Y por idoneidad, que institucionalmente, exista el recurso en la legislación respectiva. Al respecto, el Estado mexicano fue condenado en el Caso Castañeda por violar este último principio, 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, 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).⁵⁹¹

Ahora bien, la existencia de límites o restricciones a este derecho fundamental debe ser acorde, en primer término, al principio de reserva de ley, que otorga potestad o facultad exclusivamente al legislador para establecer las leyes que regulen el derecho en cuestión, ya sea en cuanto lo relacionado a los plazos, límites, lo cual “responde a la exigencia razonable de ejercer la acción en lapsos determinados, de manera que, de no ser respetados, podría entenderse caducada, prescrita o precluida la facultad de excitar la actuación de los tribunales, lo cual constituye un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.”⁵⁹² No obstante, el ejercicio de esta facultad por el legislador, debe respetar las exigencias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, respetando el contenido esencial del mismo, tal y como lo ha sostenido la Primera Sala del máximo órgano judicial del país. Siendo esto:

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

⁵⁹¹ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., Pág. 107-133.

⁵⁹² ACCESO A LA JUSTICIA. LA FACULTAD DE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS RAZONABLES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL LEGISLADOR. Registro No. 160 015; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 62. 1a./J. 14/2012 (9a.).

proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.”⁵⁹³

El empleo del principio de proporcionalidad como canon hermenéutico para la concretización de los Derechos Fundamentales goza de un gran prestigio en la jurisdicción constitucional e internacional. El derecho a la tutela de justicia efectiva no es la excepción, por lo que ha recibido tratamiento a partir del principio de proporcionalidad en relación con el principio pro homine y pro actione, ambos, relacionados con la interpretación flexible de los derechos humanos. De acuerdo con estas reglas, el juzgador ha procurado seguirlas, cuando ha debatido sobre los límites o restricciones en lo concerniente a la interpretación de las normas que regulan estos recursos, al establecer que, a pesar de que el derecho a un recurso judicial se encuentra previsto por el numeral 17 de la CPEUM y otros instrumentos internacionales, esta facultad puede encontrarse limitada 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). En tal sentido 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. Por su parte, los Jueces y tribunales tienen el deber de aplicar e interpretar las disposiciones legales que regulan los recursos, en la forma más favorable a su admisión, ya que el acceso a éstos, se rige por los mismos principios del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que constituyen la continuación del proceso.”⁵⁹⁴

Asimismo, una correcta 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. El mismo, se ha vuelto una realidad en el Estado Constitucional mexicano, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada el 8 de marzo de 2011 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del mismo año, ya que consagra de manera expresa en el artículo 1, párrafo 2, de la CPEUM, la obligación para las autoridades públicas la interpretación conforme de las

⁵⁹³ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Registro No. 172 759; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007.

⁵⁹⁴ ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro No. 162 250. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 997. I.7o.C.66 K.

normas con la Constitución y los Tratados Internacionales en la materia, al grado de favorecer su interpretación más amplia (Pro Homine).⁵⁹⁵

Acorde a la doctrina del derecho internacional de los Derechos Humanos. El principio pro homine, 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.⁵⁹⁶

Los anteriores principios se desprenden del inciso b), del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual forma, respecto a este principio, el referido autor desprende 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 o 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.

En igual forma, este principio ha sido empleado en otras ocasiones por el PJF, en aras de optimizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, para que, al momento de interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, los órganos jurisdiccionales se encuentran obligados en todo momento, "a 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

⁵⁹⁵ PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO. Registro No. 2 001 717. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1945. I.4o.C.12 C (10a.).

⁵⁹⁶ Carpio Marcos, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, Palestra, Lima, 2004, pp. 41 y ss.

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).⁵⁹⁷ 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.”⁵⁹⁸ 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,⁵⁹⁹ y con mayor razón, cuando se trata de cuestiones que afectan la libertad personal, por ejemplo.⁶⁰⁰

De acuerdo a lo expuesto con antelación, el derecho fundamental de acceso a la justicia debe cumplir con los requisitos de sencillez, efectividad e idoneidad. Asimismo, el legislador es el único legitimado para regular su ejercicio, en cumplimiento del principio de reserva de ley. En este sentido, la interpretación de las normas que regulan la interposición de recursos deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

⁵⁹⁷ PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO. Registro No. 2 002 600; [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3; Pág. 1829. I.3o.C. J/4 (10a.); TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE O FAVOR ACTIONIS. INTERPRETACIÓN DE LA QUE DEBE PARTIR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PARA RESPETAR ÉSTE Y LOS PARÁMETROS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES DE AQUÉLLA, RESPECTO DE LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO, PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 56, FRACCIÓN VII Y 57, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN. Registro No. 2 003 187; [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3; Pág. 2167. IV.2o.A.34 A (10a.).

⁵⁹⁸ JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. SI LA SALA FISCAL ADVIERTE UNA INSUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL ACTOR HACE VALER CUESTIONES ATINENTES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA, AQUÉLLA DEBE ANALIZAR LOS ARGUMENTOS QUE PERSIGAN UNA DECLARATORIA DE NULIDAD LISA Y LLANA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, ATENTO AL PRINCIPIO PRO ACTIONE Y AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Registro No. 164 461; [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Junio de 2010; Pág. 765. I.4o.A. J/82; INCIDENTE DE FALTA DE PERSONALIDAD. SU IMPULSO PROCESAL INTERRUMPE EL TÉRMINO PARA QUE OPERE LA CADUCIDAD EN EL JUICIO PRINCIPAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V, DEL ARTÍCULO 29 BIS, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE JALISCO). Registro No. 160 849; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 831. 1a./J. 93/2011 (9a.).

⁵⁹⁹ VÍA. BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ES UN PRESUPUESTO PROCESAL SUBSANABLE POR EL JUZGADOR. Registro No. 2 002 432; [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1190. I.3o.C. J/2 (10a.).

⁶⁰⁰ ORDEN DE REAPREHENSIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE EN SU CONTRA.

Registro No. 166 345; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; Pág. 258. 1a./J. 55/2009.

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. En tal sentido, se pueden concluir la existencia de diversas aristas del derecho fundamental en cuestión.

a) a interponer el medio de defensa sin que se le exijan requisitos desproporcionados; b) a que se admita el recurso, salvo que exista un impedimento legal para ello, pero dicho impedimento deberá interpretarse en el sentido más favorable al recurso; c) a que los impedimentos legales que obstaculizan el acceso a los recursos, se apliquen sin formalismos y atendiendo a la finalidad de éstos; d) a que se tramiten los recursos con arreglo a los principios de igualdad y contradicción; y e) a que se dicte una resolución de fondo en segunda instancia que resuelva en sus méritos la controversia planteada por el recurrente.⁶⁰¹

1.3 EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA SIN DILACIONES INDEBIDAS: PLAZO RAZONABLE Y DOBLE INSTANCIA

La dilación indebida o el retraso en los plazos legalmente establecidos producen el entorpecimiento del derecho de acceso a la justicia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha referido al cumplimiento de los plazos de manera razonable, para favorecer la credibilidad y efectividad en la impartición de justicia.⁶⁰² Su homóloga, la CIDH, ha señalado que “el exceso de un plazo razonable para resolver un juicio es una violación a las garantías judiciales y que corresponde al Estado justificar la dilación en la justicia.”⁶⁰³ Este último Tribunal ha sido más estricto, en el sentido de acarrear responsabilidad por parte del Estado, a diferencia del TEDH, quien ha

⁶⁰¹ ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Registro No. 162 250; [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 997. I.7o.C.66 K.

⁶⁰² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH): H. v. France, 24 de octubre de 1989, Pár. 58.

⁶⁰³ SCIDH: Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Pár. 145.

advertido, que este principio no libera de la obligación a los jueces de dar impulso al proceso, para la celeridad en la impartición de justicia.⁶⁰⁴

No obstante, ambos órganos se encuentran de acuerdo en los parámetros para analizar la razonabilidad de los plazos legales, por consiguiente, si el Poder Judicial ha satisfecho los requisitos del acceso a la justicia y no ha incurrido en dilación de justicia, acarreado algún tipo de responsabilidad. Al respecto, son los siguientes: la forma en que se determinan y computan los plazos, complejidad del asunto, conducta procesal de las partes, conducta procesal de las autoridades y afectación al justiciable.⁶⁰⁵ Por otra parte, el TEDH señala que el plazo razonable deberá analizarse a la luz de las circunstancias específicas en cada caso⁶⁰⁶, o lo que la CIDH denomina: “análisis global del procedimiento.”⁶⁰⁷

Ahora bien, sobre los cómputos en los plazos, en materia civil se cuentan a partir de que se activa la instancia judicial, es decir, desde que se presenta la acción ante el órgano jurisdiccional competente, y finaliza, hasta que se agote la última instancia y tenga lugar la ejecución de la resolución que ponga fin al juicio.⁶⁰⁸ Sobre la complejidad del asunto, se deben analizar las posibles consecuencias que pueda resentir la sociedad con la sentencia que se emita,⁶⁰⁹ la naturaleza del caso,⁶¹⁰ así como en el número de las partes, de acusaciones, la dificultad en obtención y análisis de pruebas.⁶¹¹

Por otra parte, la doble instancia, en consecuencia, es un derecho del imputado a impugnar la sentencia que lo declara culpable en un proceso penal, de manera que la garantía no se extiende objetivamente, a otros justiciables no a otros niveles jurisdiccionales.⁶¹² Existe especialmente en materia penal, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humano, cuyo numeral 8, párrafo 2, inciso h), establece lo siguiente: “Toda

⁶⁰⁴ STEDH: Guincho v. Portugal, 10 de Julio de 1998, Pár. 32.

⁶⁰⁵ STEDH: Ruiz Mateos vs. España, 23 de junio de 1993, Pár. 38 a 53; SCIDH: Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, Pár. 77.

⁶⁰⁶ STEDH: Zimmermann and Steiner vs. Switzerland, 13 julio de 1983, Párr. 24.

⁶⁰⁷ SCIDH: Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, Pár. 81.

⁶⁰⁸ SCIDH: Cantos vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Pár. 57; STEDH: Buchholz vs. República Federal de Alemania, 6 de mayo de 1981, Pár. 48.

⁶⁰⁹ STEDH: Katte Klitsche de la Grange vs. Italia, 21 de abril y 19 de septiembre de 1994, Pár. 62.

⁶¹⁰ SCIDH: González Medina y familiares vs. República Dominicana. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 27 de febrero de 2012, Pár. 258.

⁶¹¹ STEDH: Caso Velichko v. Rusia, 15 de Enero de 2013, Pár. 102.

⁶¹² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, El debido proceso, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” Asimismo, el artículo 14, párrafo quinto, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.” Mientras que la CPEUM, en su numeral 23, dice: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias.”

En tal sentido, los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria deben adecuarse al contenido esencial del debido proceso legal, con lo que se quiere decir que la revisión no significa abrir una instancia nueva de exploración y prueba, sino determinar un derecho que facilite a un tribunal superior el reexamen de la causa, es decir, el estudio de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la condena del inculcado. Por ello, una de las cuestiones conflictivas del derecho al recurso, o a la doble instancia, se presenta cuando se trata de conciliar la garantía con otra de similar cobertura: el derecho a que la causa sea resuelta en un plazo razonable, y sin dilaciones indebidas.

El camino de las impugnaciones no tiene plena aceptación en la dogmática procesal, toda vez que reproduce en múltiples ocasiones la actitud maliciosa de quien, amparado en el derecho de defensa en juicio, persigue dilatar la llegada de una sentencia definitiva. Pero también es cierto que el ejercicio responsable de los recursos contrae la obligación de agotar todos los esfuerzos posibles en procura de una sentencia favorable. Se debe entender como conducta abusiva o maliciosa, como utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y se evidencia el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

Hay que encontrar, entonces, un justo límite entre quien defiende sus derechos usando todas las herramientas disponibles, y aquel que se abusa de ellas a sabiendas de su propia sinrazón. De algún modo es la tradición jurisprudencial que inveteradamente sostuvo que la doble instancia no es una

garantía del debido proceso, pero que en materia penal se debe resguardar el derecho a la revisión de la condena por un Tribunal Superior. Ahora bien, si la apertura de las impugnaciones difiere en el tiempo la realización del derecho, es un problema de estructura y del sistema donde se implementa, pero no se puede asentar en la rapidez compulsiva la privación del derecho esencial para las partes que controvierten en un proceso.

2. EL DEBIDO PROCESO FORMAL Y EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO: SUS DIFERENCIAS

La SCJN ha equiparado por mucho tiempo el debido proceso con el término: formalidades esenciales del procedimiento, reconocido de manera expresa por la CPEUM, en su artículo 14, párrafo segundo. Este artículo se encuentra inspirado en la enmienda quinta de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos de Norteamérica que dice de manera expresa lo siguiente.

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, [...] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.

Zamora Pierce por ejemplo explica que el Constituyente mexicano de 1917, incorporó a nuestro texto constitucional la V enmienda norteamericana en lo que respecta al debido proceso legal.⁶¹³ Desde nuestra perspectiva esto parece cierto, no obstante el desarrollo jurisprudencial entre una familia jurídica y otro ha sido radicalmente distinto entre un país y otro, teniendo obviamente mayor desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica y conservando un retraso notable en nuestro país, basta ver la tesis jurisprudencial citada, la cual data apenas de 1995, en la que el máximo Tribunal del país, destaca que para, un adecuado cumplimiento del precepto mencionado, es necesario cumplir con 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.⁶¹⁴ Esto ha ocasionado por ejemplo, que aún exista una

⁶¹³ ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y proceso penal, Porrúa, México, 2003, p. 425.

⁶¹⁴ FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, diciembre de 1995, tesis P/J. 47/95, p. 133.

grave deficiencia estructural en nuestro juicio de amparo, ya que cualquier violación a las "formalidades esenciales del procedimiento", entiéndase por esto, cualquier mal aplicación de la legislación ordinaria por más mínima que sea, viola indirectamente el principio de legalidad consagrado en la Constitución, y por consiguiente, provoca la inconstitucionalidad del mismo, tal y como ha sostenido y denunciado el Dr. Héctor Fix Zamudio.⁶¹⁵ Ha sido apenas hasta la décima época, que a partir de una nueva reflexión, la Corte mexicana ha replanteado la anterior formulación y ha sostenido que dentro de las garantías del debido proceso existe un contenido esencial o núcleo duro que resultan aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado, tales como el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Estas garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia"; las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva, que hemos descrito previamente, y dentro de esta categoría, se encuentran también dos especies: la primera, corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; la segunda, resulta de la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de la misma naturaleza.⁶¹⁶ De esta manera, identificamos el tránsito o cambio de paradigma que ha dado la Corte mexicana en los últimos años de concebir al debido proceso formal hacia un concepto sustantivo y menos rígido. Inscribiéndose por consiguiente, a los criterios más actualizados sostenidos

⁶¹⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Justicia Constitucional y control de legalidad en México" en CARBONELL Miguel y VALADÉS, Diego, El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados), T. I, UNAM, IJ, México, 2006.

⁶¹⁶ DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Registro: 2003017; Tesis: 1a. LXXV/2013 (10a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 881.

por la propia CIDH en la Opinión Consultiva (OC-18/03), “Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados”, por debido proceso, “se refiere 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 [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Así, podemos concluir en este apartado, que México tiene una tradición distinta en torno a la interpretación del debido proceso, que sigue una línea más rígida y formal, conocida como formalidades esenciales del procedimiento. Mientras que para la tradición anglosajona, del sistema interamericano y europeo de Derechos Humanos, el derecho fundamental al debido proceso incluye un sinnúmero de derechos incluso que pudieran no estar enumerados en la propia Carta de Derechos, pero que a partir de una interpretación extensiva del principio en cuestión, pueden hacerse válidos. Tal es el caso del derecho a la imparcialidad, independencia, derecho a un juez natural, prohibición de pruebas ilegales, entre otros. Situación distinta con el sistema jurídico mexicano, donde los derechos deben estar enumerados de manera expresa para ser válidos.

2.1 LOS ACTOS PRIVATIVOS Y LOS ACTOS DE MOLESTIA: DIFERENCIAS

Los actos privativos y actos de molestia han sido dos figuras jurisprudenciales y conceptuales que han sido objeto de numerosos y enriquecidos debates doctrinales y judiciales, ya que estos dos preceptos (14 y 16) son de los más interpretados por el PJF, debido a su innumerable alcance y extensión debido a la interpretación formalista que hemos señalado previamente. Mientras que el artículo 14, párrafo segundo, establece el carácter de actos “privativos”; el numeral 16, párrafo primero, establece los actos de “molestia”, estableciendo éste último ciertos requisitos para ello. Es decir, existe una distinta regulación para ambos. Una de las primeras diferencias entre los actos privativos respecto de los actos de molestia, es que los primeros, son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, es decir, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como

son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado, tal y como hemos apuntado con antelación en la sección anterior.

En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Por ello, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales; y para dilucidar si es un acto de molestia, es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.⁶¹⁷

Existe toda una técnica para definir cuál es exactamente el significado de cada uno de los requisitos contenidos en el artículo 16, párrafo primero. En principio, queremos señalar que en ocasiones, principalmente en materia administrativa o fiscal, esta interpretación se distorsiona y se vuelve legalista o formalista, ya que en muchas ocasiones se tiende a abusar de los efectos que brinda el juicio de amparo, principalmente para dilatar procesos por violaciones al procedimiento, ya sea que se trate del artículo 14, o el mismo que analizamos ahora. Es decir, es un arma de doble filo, por una parte, se alega que se está otorgando el mayor grado de protección al momento de extender dicha protección hacia cualquier tipo de violación procedimental que se genere, incluso si se viola cualquier formalidad contenida en algún Reglamento o Regla de Operación, no obstante, esta protección se traduce, como ya dijimos, en dilación de justicia, ya que puede generar abusos por

⁶¹⁷ ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. Registro: 200080; Tesis: P/J. 40/96; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Julio de 1996; Pág. 5.

parte de quien hace uso del juicio de amparo para evitar seguir o ganar tiempo en determinado tipo de juicios o procesos.

Ahora bien, como sosteníamos, el artículo 16, impone dos requisitos fundamentales para que éste sea válido. El primero de ellos es que se encuentre debidamente fundado y motivado. Se entiende por fundado, que se exprese con precisión el precepto legal aplicable al caso, y por motivado, que se señale con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa. Normalmente se ha conocido a este proceso dentro de la lógica jurídica como subsunción. Es decir, el encuadramiento de los hechos a la norma o normas en cuestión, es decir, el precepto o preceptos que sirvan de apoyo al hecho en cuestión. En materia administrativa o fiscal, sucede que esto no es suficiente, sino que es indispensable que, para considerar un acto como fundado, es necesario adicionalmente lo siguiente.

a).- Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y b).- Los cuerpos legales, y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.⁶¹⁸

Otro de los requisitos fundamentales es la competencia que tiene la autoridad para dictar los actos que limitan o restringen Derechos Fundamentales. Es decir, conforme al principio de derecho que estipula, que las autoridades únicamente pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido, éstas requieren de facultades que les otorgue la ley para emitir los actos de autoridad. Es decir, en materia administrativa este requisito se lleva al extremo, a tal grado de exigir exactitud y precisión en la cita de las normas legales que facultan a la autoridad administrativa para emitir el acto de molestia de que se trate. Ello, atendiendo a un concepto un tanto peculiar del concepto de seguridad y certeza jurídica del particular frente a los actos de las autoridades que afecten su esfera jurídica. Tal y como apuntábamos, este requisito se ha llevado al extremo en materia administrativa, a tal grado de

⁶¹⁸ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Registro: 216534; Tesis: VI. 2o. J/248; [J]; 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 64, Abril de 1993; Pág. 43.

exigir a la autoridad la cita con punto y coma de los preceptos legales aplicables, aún cuando conocemos que la realidad en este tipo de asuntos es de una complejidad tremenda, ya que en este tema se ha vuelto un laberinto de reglamentos, leyes, reglas operativas, con una ausencia de sistematización, además de una deficiente coherencia entre unos y otros. No obstante, la competencia deberá ser precisada por la autoridad a partir de las normas que así la autoricen para ello, por razón de materia, grado o territorio, con base en la ley, reglamento, decreto o acuerdo que le otorgue la atribución ejercida, citando en su caso el apartado, fracción, inciso o subinciso. Y aún si esta norma no contiene exactamente la facultad respectiva o se trata de una norma “compleja”, deberá transcribirse la parte correspondiente, con la única finalidad de especificar con claridad, certeza y precisión las facultades que le corresponden, pues considerar lo contrario significaría que el gobernado tiene la carga de averiguar en el cúmulo de normas legales que señale la autoridad en el documento que contiene el acto de molestia.⁶¹⁹

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA CIVIL Y PENAL

La interpretación literal de las normas jurídicas no implica que el operador de la norma se limite a aplicar de manera mecánica la norma, sin necesidad de dotarla de un significado concreto al caso en específico. Afirmar tal situación implica un disparate, no sólo desde el punto de vista conceptual, sino también metodológico, de una correcta aplicación de los métodos y técnicas jurídicas. El hacer una interpretación literal implica también asignar un significado concreto a las normas, no por nada se le ha asignado una categoría de “interpretación”.

Bien sosteníamos que 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”, la Constitución está plagada de términos cuya interpretación es muy frecuente que deba ser actualizada por el operador jurídico. Al respecto, el artículo 23, de la CPEUM establece: “[...] Nadie puede ser juzgado dos veces por el

⁶¹⁹ COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA A PARTICULARES DEBE FUNDARSE EN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA, CITANDO EL APARTADO, FRACCIÓN, INCISO O SUBINCISO, Y EN CASO DE QUE NO LOS CONTENGA, SI SE TRATA DE UNA NORMA COMPLEJA, HABRÁ DE TRANSCRIBIRSE LA PARTE CORRESPONDIENTE. Registro: 177347; Tesis: 2a./J. 115/2005; [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Septiembre de 2005; Pág. 310.

mismo delito”, la Corte ha establecido que, lo que el artículo de ninguna manera alude, en forma estricta es al nombre de este delito, sino que se refiere a los hechos materiales o individualizados constitutivos de ese delito, por lo que una primera condena por determinados y concretos hechos que se adecuan a la tipificación de cierto ilícito, no impide otra posterior por diversos hechos pero constitutivos también del mismo tipo.⁶²⁰

El principio de legalidad en materia penal se encuentra contenido en el artículo 14, párrafo tercero, de la CPEUM, mientras que el de legalidad civil en el párrafo cuarto. Lo que esta prohibiendo el mencionado artículo es, primeramente, el uso de la interpretación extensiva analógica en la imposición de penas por parte de la autoridad judicial. 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: consiste en 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. Por ejemplo, si el delito de homicidio estableciera una pena de 20 años y una persona cometiera doble homicidio se le pretendieran dar 40 años. En segundo lugar, lo que el artículo citado prohíbe es la mayoría de razón, o traducido a los términos aquí empleados, es el argumento *A fortiori* a *majori ad minus*. Por ejemplo que se pretenda castigar determinada conducta por el simple hecho de que una conducta mayor o considerada más grave por la sociedad esté tipificada por las leyes penales, tradicionalmente este argumento ha sido razonado de la siguiente forma, si se prohíbe lo más, se debe prohibir lo menos.

Este numeral también contiene el principio de reserva de ley y de taxatividad en las normas de derecho penal. Uno de las principales características del nuevo modelo implantado a raíz de la reforma de 2008, en materia penal, han sido los rasgos garantistas de las normas de derecho penal, así como su sistema acusatorio. 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 penales. Sobre el punto señalado con antelación, el distinguido y reconocido teórico del Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli, advierte lo siguiente en torno al principio de taxatividad.

⁶²⁰ NON BIS IN ÍDEM. NATURALEZA DEL PRINCIPIO. Semanario Judicial de la Federación, T. F. y su Gaceta, 56 Séptima Parte, Séptima Época, 1973, Tesis Aislada, p. 39; IUS: 245973

Este principio, que hemos configurado más arriba como la garantía primera y fundamental de un sistema penal cognoscitivo, puede ser caracterizado ahora como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados «verdaderos de los hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.⁶²¹

Asimismo, Miguel Carbonell, ha expresado que en México, dicho principio se ha relacionado con el establecido en el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución en el sentido siguiente.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realice. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal. Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en parte, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas características se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente previsible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño intangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).⁶²²

⁶²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, 1995, p. 121.

⁶²² CARBONELL, Miguel y DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de Derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 29-33.

La primera Sala ha interpretado este principio en el sentido de entenderlo como la exigencia al legislador sobre la emisión de “normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa.” Prohibiendo por consiguiente, los vocablos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados.⁶²³ Por otra parte, la interpretación de las leyes civiles, ocurre que a partir del principio de legalidad, los operadores de las normas tienen la obligación de acudir en primer lugar, a la letra de la ley, o a los distintos métodos de interpretación de la misma, que hemos expuesto previamente en la primera sección del capítulo II de esta obra (gramatical, lógico, histórico, sistemático). Y a falta de ella, en los principios generales del derecho. Nos encontramos entonces ante una facultad otorgada constitucionalmente para volver más creativa y fortalecer la labor de los jueces. Más aún, esto deberá incluir también la interpretación de convencionalidad a la que están sujetas todas las autoridades que interpreten normas relacionadas con los Derechos Fundamentales.

⁶²³ PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. Registro: 160794; Tesis: 1a. CXCI/2011 (9a.); [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 1094.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO VII
El derecho extremadamente injusto:
"Retroactividad de la ley vs seguridad jurídica"

El 14 de febrero de 1972, una persona intentó cruzar a través del río Kreuzberg, de Alemania Oriental a la llamada Alemania Occidental. Una vez que cruzó fue visto por dos guardias de la frontera, quienes se percataron de la huida cuando se encontraba a la mitad del río, disparándole 3 y 2 veces respectivamente, no pudiéndose determinar quien realmente propició el tiro con el que murieron las personas. Ellos estaban conscientes que podían matar al fugitivo, pero tenían órdenes de evitar su escape a como diera lugar. Dicha obligación derivaba del Reglamento de Servicio del Ministerio de Defensa de aquella nación, el cual establecía lo siguiente:

La patrulla vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal.

Asimismo, la Ley sobre la Frontera Estatal de la R.D.A., de 25 de marzo de 1982, regulaba las facultades de las tropas de la frontera establecía en su artículo 27:

2. El uso de arma de fuego está justificado para impedir la inmediata perpetración o continuación de una infracción penal que según las circunstancias se presenta como un crimen. También está justificado para aprehender personas que sean justificadamente sospechosas de un crimen.

Ambos oficiales fueron dados de baja como guardias y al día siguiente se les recompensó su acción con una medalla de servicio y un premio de 150 marcos. La viuda del muerto fue informada cuatro semanas después del hecho de que se había tratado de un suicidio y que el cadáver ya había sido incinerado. Una vez reunificada Alemania, la normatividad relacionada con este asunto fue modificada. En este sentido, el Tribunal Local de Berlín llevó a cabo un proceso en contra de estos dos guardias por el delito de homicidio. Fueron condenados y se les impuso una pena privativa de su libertad.

1. Explica el principio de no retroactividad en perjuicio de persona alguna, contemplado en el artículo 14, párrafo primero, de la CPEUM.
2. De acuerdo a lo leído en este capítulo, ¿existió una violación al principio de no retroactividad en perjuicio en contra de los inculcados por el Tribunal Local?
3. ¿Qué principios se encuentran en conflicto en el presente caso?
4. ¿Puede llevarse a cabo una ponderación entre los bienes en conflicto en el presente caso en particular?

Fórmula del derecho extremadamente injusto

La fórmula del derecho extremadamente injusto fue elaborada en 1946, por Gustavo Radbruch (uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por el régimen nacionalsocialista en 1933) en el famoso artículo titulado "Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht", en la Revista *Süddeutschen Juristen*, de la forma siguiente:

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.

La retroactividad existe cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia retro obrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior. El análisis de retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular.⁶²⁴

Para mayor alcance de este principio, consultar:

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. Registro No. 188508; Tesis: P./J. 123/2001.

⁶²⁴ RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS. Registro: 162299; Tesis: 1a./J. 78/2010; [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Abril de 2011; Pág. 285.

CAPÍTULO VIII LOS DERECHOS POLÍTICOS

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos políticos constituyen una de las clasificaciones más difíciles de desarrollar en la ciencia constitucional, debido a que resulta compleja la interacción y confluencia que se da entre la ciencia política y la ciencia jurídica al momento de estudiarlos. El contexto actual de la participación política exige y propone a las dos anteriores ciencias el replanteamiento de sus postulados. Desde la teoría política, podemos sintetizar cuatro motivos fundamentales para considerarlos como parte de los Derechos Fundamentales.⁶²⁵

1. el término participación tiene una denotación activa contrapuesta al exclusivo ejercicio de la libertad política a través de representantes;
2. el contenido material de la libertad política es el de la participación de los ciudadanos en los procesos de formación de la voluntad política, y aún cuando no se ha precisado de manera clara en que consiste esta participación, en la doctrina se esta materializando a través su reconocimiento como derecho fundamen-tal;
3. la incorporación de los derechos políticos en las constituciones democráti-cas se produce reconociéndole un rango de derecho fundamental, predominando en él, en consecuencia los valores-principio de libertad e igualdad;
4. la idea de participación a grava la denotación de la idea de conjunto, de grupo, notablemente diferente a la concepción liberal de ciudadano.

⁶²⁵ OCAMPO Delahaza, Antonieta, Teoría de los derechos políticos, Fondo Editorial del Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 1997, pp. 80-81.

Los derechos políticos pueden ser definidos como “aquellos que permiten la participación política de los individuos, a quienes se ha conferido la ciudadanía, en la estructuración política de la comunidad social de que son miembros y en el establecimiento de reglas necesarias al mantenimiento del orden social”⁶²⁶. Estos derechos se distinguen de los derechos civiles, debido a que los derechos políticos facultan al individuo participar en la vida pública.

En tal sentido, se encuentran reconocidos como fundamentales en distintos Tratados y Convenciones Internacionales que ha suscrito México. La Constitución mexicana consagra un conjunto de derechos y deberes ciudadanos, entre los que destacan:⁶²⁷

- Votar en las elecciones populares;
- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;
- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y,
- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Paulatinamente, los derechos político-electorales encontraron su fundamento y motivación en las distintas Declaraciones y Pactos Internacionales suscritos por nuestro país. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 se consagraron los derechos políticos y se exigieron recursos para hacerlos efectivos⁶²⁸, de igual manera se hizo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶²⁹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶³⁰

1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN MÉXICO: SU EVOLUCIÓN

⁶²⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús y CARBONELL, Miguel, “Voz: Derechos del ciudadano”, en Enciclopedia jurídica Latinoamericana, T. IV, Porrúa, IIJ, UNAM, México, 2006, pp. 629-633.

⁶²⁷ Art. 35 CPEUM. Recientemente se agregó la figura de la consulta popular, aún pendiente de reglamentar por el Legislativo federal.

⁶²⁸ Arts. 21 y 8º Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

⁶²⁹ Art. 25

⁶³⁰ Arts. 23 y 25.

El modelo de protección y garantía a los derechos políticos en nuestro país ha tenido distintas fases de evolución. La primera de ellas, deriva del conflicto surgido como consecuencia de los debates en la SCJN, en torno a las Tesis Iglesias y Vallarta. De acuerdo al primer criterio interpretativo (incompetencia de origen), la protección a los derechos políticos era posible a través del juicio de amparo, en aquellos casos en que los ciudadanos adujeran violaciones a derechos políticos de autoridades que hubiesen obtenido el poder de manera ilegítima, en violación de procedimientos y principios democráticos, pues no tenían la calidad de “competentes”, en relación a una interpretación del artículo 16 de la Carta Magna, motivo por el cual resultaba legítimo y procedente poner orden en el método seguido para la elección de representantes populares.⁶³¹ Inclusive, los primeros procesos llevados a cabo en el seno de la Corte se resolvieron a favor de los demandantes, argumentando el control de los actos de los Colegios Electorales que en ese entonces designaban a las autoridades públicas.

Por otra parte, se encuentra la Tesis del ministro Vallarta, el cual sostenía que la Corte no podía decidir cuestiones políticas, ya que los jueces se exponen a manipulaciones externas, desnaturalizando así la función original de la Suprema Corte.⁶³² La SCJN retomó la doctrina de la Corte Suprema norteamericana en torno a la “Political Question”, desarrollada por el ministro Marshall en el caso *Marbury c. Madison*. Esta última tesis fue la predominante hasta finales del siglo XX, sirviendo como criterio a la SCJN para interpretar de manera estricta la causal de improcedencia de juicios en la Ley de Amparo, y de esta manera, negar la admisibilidad del mismo para la protección de derechos políticos. Basta citar uno de los criterios más recurrentes y reiterativos de este máximo Tribunal durante la mayor parte del siglo XX.

DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA
LEYES DE CONTENIDO POLÍTICO ELECTORAL, SI LA
CONTROVERSIA VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE.⁶³³

Los derechos políticos comienzan a tener garantías y protección a principios de los años noventa, con la creación del Juicio para la Protección de los

⁶³¹ IGLESIAS, José María. “Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia”, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Escuela Nacional de Jurisprudencia, t. VIII, núm. 30, abril-junio, México, 1946, p. 260.

⁶³² VALLARTA, Ignacio L., Cuestiones constitucionales, t. I: Votos, Imprenta particular de A. García, México, 1894, pp. 63-64.

⁶³³ Tesis Aislada 8a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; XIV, Octubre de 1994, p. 33.

Derechos Político-Electorales del Ciudadano (en adelante JDC), y su respectiva regulación en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME),⁶³⁴ lo cual vino a colmar el gran vacío relativo al derecho a una tutela de justicia efectiva imperante en aquel entonces en esta materia. En la actualidad, el reconocimiento de éstos como auténticos Derechos Fundamentales, ha sido de manera plena, tal y como consta en su reconocimiento jurisprudencial.⁶³⁵

DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A VOTAR Y SER VOTADO. SON DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DE ACUERDO AL SISTEMA COMPETENCIAL QUE LA MISMA PREVEÉ.⁶³⁶

La última fase de evolución del sistema electoral, radica en su adherencia hacia un auténtico sistema garantista para la protección de los Derechos Políticos. En opinión de los especialistas, este medio de protección ha resultado bastante satisfactorio de acuerdo a las demandas de la vida democrática del país, permitiendo incluso el control de los actos de partidos políticos que resulten violatorios a los derechos políticos de sus militantes.⁶³⁷ En igual sentido, otros de los actos de autoridad motivo de reclamación, y que se han ido ampliando, son los casos de derecho de acceso a la información, efectiva justicia partidaria (incluyendo el establecimiento de procedimientos democráticos para seleccionar a sus candidatos), así como la facultad para decidir conflictos relacionados con las violaciones de actos derivados de acceso a los cargos públicos.⁶³⁸ Dentro de la última etapa de evolución, se encuentra la reforma constitucional electoral de 2008, donde se

⁶³⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral", en Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México: IFE-UNAM-IIJ, 1992, p. 72.

⁶³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México: TEPJF, 2009, p. 61.

⁶³⁶ Tesis: P./J. 83/2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 984.

⁶³⁷ "JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS". Revista Justicia Electoral 2004, suplemento 7, páginas 18-20, Sala Superior, tesisS3ELJ 03/2003.

⁶³⁸ Estos son algunos de los criterios más relevantes que la Sala Superior ha establecido: "DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES". Tesis de jurisprudencia S3ELJ 24/2002. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, pp. 87 y 88.

"DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. ALCANCES JURÍDICOS DE LA PRERROGATIVA DE LOS CIUDADANOS PARA CONOCER DATOS QUE OBRAN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS RELATIVOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS", sala superior, tesis S3ELJ58/2002, Revista Justicia Electoral, 2003, suplemento 6, pp. 17-19.

adicionó la facultad del TEPJF para desaplicar normas, que a su juicio, resultaran inconstitucionales al caso en particular.

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO VIII

El Caso Castañeda: las candidaturas independientes y el derecho de acceso a los cargos públicos

Actualmente, el artículo 41, de la CPEUM establece las Candidaturas Independientes como parte de los Derechos Políticos fundamentales de los Ciudadanos mexicanos. No obstante, no siempre ha sido así, el Caso Castañeda ha sido emblemático en el ámbito de los derechos políticos, pues ha sido la segunda ocasión que la CIDH se pronuncia sobre esta materia.

El Caso se refiere sobre la solicitud como candidato independiente a Presidente de la República para el sexenio 2006-2012, del señor Jorge Castañeda Gutman, a través de una solicitud realizada al Consejo General del Instituto Federal Electoral, para las elecciones que se celebrarían el 2 de julio del año 2006. Lo anterior, con base en el ejercicio de su derecho político de acceso a un cargo público, consagrado tanto nacional como internacionalmente. Dicha solicitud fue atendida el 11 de marzo de 2004 y notificada al día siguiente, donde la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del IFE, en el sentido que no era posible atender a su petición por dos razones.

El solicitante promovió un amparo, el cual fue desechado. El peticionario acudió ante la CIDH, la cual determinó lo siguiente. La metodología usada para el análisis de la posible violación del derecho político de acceso a un cargo público, la Corte Interamericana de Derechos Humanos empleó el principio de proporcionalidad. En primer término, se determinó que el sistema de candidaturas partidistas para el cargo de Presidente de la República en el Estado mexicano, ante el derecho de un ciudadano a presentar una candidatura independiente, no viola el derecho fundamental a ser votado, ya que la exigencia de una *nominación por un partido político constituía una medida idónea, adecuada, y necesaria para acceder al cargo de Presidente de la República.*

En este sentido, se determinó que la exigencia de una candidatura a través de un Partido Político por el sistema mexicano no resulta una limitación desproporcionada, indebida, inadecuada e irracional. Porque, aun en el caso de que se permitieran las candidaturas independientes, esto no significaría que se tratara del medio menos restrictivo para

regular el derecho a ser votado. Razón por la cual el sistema de candidaturas partidistas resultaba proporcional debido a las siguientes razones: *una necesidad social imperiosa, existe una razón de interés público; se restringe en menor grado el derecho protegido, y se ajusta estrictamente al logro del objetivo perseguido.*

Asimismo, se determinó que las candidaturas independientes dificultarían la fiscalización del financiamiento predominantemente público que existe en el Estado mexicano, además de generar el predominio de intereses privados sobre el interés público. Asimismo, podría provocar la dispersión de fondos públicos, volviéndose un sistema absolutamente incoercible, estableciendo un sistema complejo de administrar en términos de igualdad los procesos electorales. En síntesis, se concluyó que el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión (derecho político a ser votado) no había sido vulnerado porque el sistema de nominación a través de partidos políticos y de candidaturas independientes puede ser compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En adición a ello, la decisión de escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. De igual forma, los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

1. ¿Estás de acuerdo en que el derecho político de acceder a los cargos públicos sea únicamente a través de Partidos Políticos?
2. ¿Te parecen razonables y plausibles los argumentos de la CIDH que niegan el derecho a las candidaturas independientes al peticionario?
3. De acuerdo a la reforma política más reciente, se han autorizado las figuras de Candidaturas Independientes, Iniciativa Ciudadana, plebiscito y referéndum en la CPEUM. ¿Te parece que estas reformas amplían los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos?

CAPÍTULO IX

LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

I. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS Y JURÍDICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

En principio, los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación; en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero fundamentalmente a las miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente. El reconocimiento de estos derechos en las constituciones estatales y en los tratados internacionales comporta tanto obligaciones positivas como negativas, tanto de hacer como de no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas.

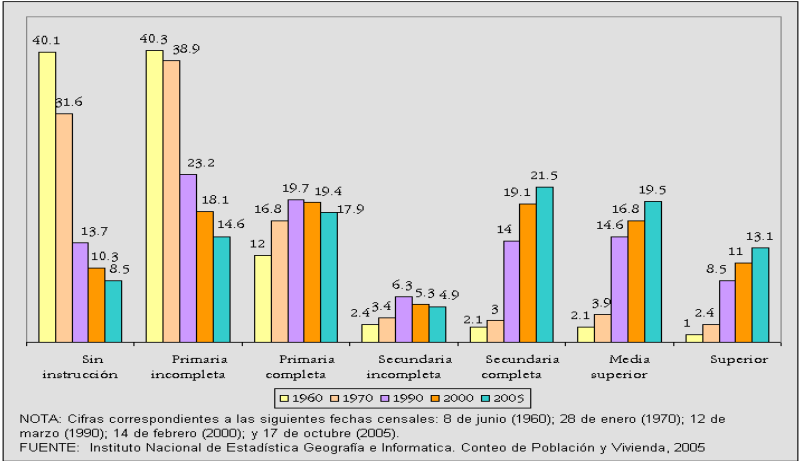
El derecho al trabajo exige que el Estado regule y organice la economía de modo que tienda a la consecución del pleno empleo y empleo digno, no precario, en caso de no alcanzarlo el Estado está obligado a atender a través de servicios correspondientes a los ciudadanos que se encuentren en paro o desempleo. El derecho a una remuneración justa obliga al Estado a la fijación de salarios mínimos, subsidios familiares. El concepto de justa remuneración se encuentra entre los objetivos del Estado de bienestar social para asegurar al trabajador y su familia una vida decorosa. El derecho de libre sindicación y derecho de huelga constituyen manifestaciones del derecho de asociación y la facultad del trabajador para asociarse en organizaciones profesionales libremente creadas y poder utilizar el instrumento de huelga para la defensa de sus intereses económicos y sociales. Al igual que el derecho al descanso y a la seguridad.

En la actualidad, América Latina constituye la región continental más desigual de la tierra, con bastante más de un tercio de la población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos y con casi una

cuarta parte de sus habitantes⁶³⁹ carentes de educación básica. Nuestra región padece claramente de una grave situación de desigualdad si la comparamos con otras regiones del mundo con niveles similares de desarrollo humano.

La desigualdad social en las zonas rurales experimentó un incremento significativo entre 1994 y 2009. El incremento de la pobreza en las zonas rurales ha generado niveles mayores de desigualdad social. Las distribuciones del ingreso per cápita muestran grandes disparidades entre las áreas urbanas y rurales.

INDICADORES SOBRE NIVEL DE ESCOLARIDAD EN MÉXICO,
1960 A 2005 PORCENTAJES



El derecho a la Educación constituye un derecho constitucional fundamental que propicia una formación adecuada y óptima donde se aumenta la capacidad para entender y adaptarse a los cambios sociales, junto a la posibilidad de emprender atraes creativas y progresar económicamente. No obstante la situación que tenemos en México, en el campo de la educación. Desde la escuela primaria hasta la universidad constituye una situación paradójica y conflictiva. Las deficiencias de la educación pública han

⁶³⁹ En varios países, la situación fiscal y económica comenzó a deteriorarse porque las tendencias a un aumento del gasto público superaron ampliamente los aumentos de los ingresos. Los saldos en cuenta corriente de la mayoría de los países comenzaron a debilitarse o ya eran negativos. El crecimiento de la tasa del desempleo, la precariedad laboral, el alza de los costos de los alimentos y la energía en varios países comenzaba a reflejarse en una mayor inflación y el déficit público. Vid. KLIKSBURG Bernardo (Comp.), Pobreza: un tema impostergable. Nuevas respuestas a nivel mundial, CLAD/FCE/PNUD, Caracas, 1993.

propiciado el auge de las escuelas privadas a semejanza de lo que ha ocurrido en la mayoría de los países de América latina. La caída de la calidad educativa, particularmente los últimos veinte años se debe a que la escuela no ofrece valores propios que puedan competir con los valores de la sociedad de la comunicación para integrar a los jóvenes en los desafíos y problemas de la vida en sociedad. Al contrario la pérdida de prestigio de la educación formal ha contribuido a la desintegración socio cultural de un sector importante de la población a través del aumento del analfabetismo funcional, que repercute directamente en la emigración y la criminalidad.

En la organización práctica de los derechos sociales, como el derecho a la educación o derecho a la protección de la salud, estos derechos se equiparan a los derechos individuales y se les otorga el carácter de derechos universales, esto es, derechos inherentes a todo ser humano⁶⁴⁰. En esta línea, John Rawls ha defendido un “liberalismo político del Estado de bienestar social”, es decir, la idea de que los gobiernos deben prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados está violando sus Derechos Fundamentales. El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad⁶⁴¹, es decir, como las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto la Constitución política y principales ordenamientos económicos y sociales.

No obstante, debemos señalar las dificultades por las que atraviesa el Estado social en un contexto mundial y particular de México. “Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social sin que, hasta la fecha, sea visible una forma sustitutoria nítida [...] el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar un vida colectiva mejor y más segura.”⁶⁴²

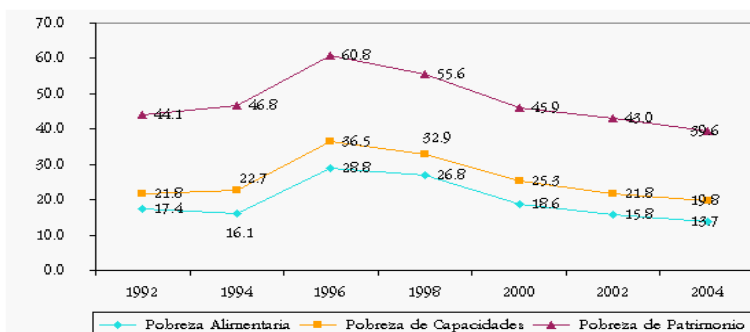
⁶⁴⁰ Cfr. PECES-BARBA, G. “La universalidad de los derechos humanos” en NIETO NAVIA, R., La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte IDH, San José, 1994, pp. 399-421.

⁶⁴¹ Vid. RAWLS, J., A Theory of Justice, Oxford, (ed. cast. trad. de M. d. González), Teoría de la Justicia, FCE, México, 1993.

⁶⁴² Cfr. HABERMAS, J., “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energía utópicas” en Ensayos políticos, Península, Madrid, p.166; Vid. HABERMAS, J., Crisis de legitimación del capitalismo tardío, Cátedra, Madrid, 1989.

La globalización económica ha potenciado el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros y las corporaciones multinacionales en las economías nacionales. Indudablemente, el desarrollo del Estado de los Estados en América Latina ha sido favorecido por una fuerte inversión extranjera que ha generado empleo, prosperidad y riqueza; pero tenemos que advertir que sigue existiendo un desequilibrio entre el desarrollo de nuestras instituciones estatales federales y federativas y el crecimiento de los mercados financieros internacionales: la globalización de la economía ha avanzado fuertemente mientras nuestras medidas políticas, gubernamentales, administrativas se han quedado rezagadas.

EVOLUCIÓN DE LA POBREZA ALIMENTARIA, DE CAPACIDADES Y DE PATRIMONIO PORCENTAJE DE HOGARES POBRES



Fuente: Anexo del Quinto Informe de Gobierno, p. 92.⁶⁴³

Los análisis sobre la pobreza y la inequidad no deben limitarse a sus componentes materiales. La pobreza en México tiene componentes psicosociales que deben ser tomados en cuenta a la hora de analizar las distancias socioeconómicas entre los diferentes estratos sociales en cuestión de expectativas de movilidad social, confianza en las instituciones del Estado, participación ciudadana y percepciones de ser discriminado. Estas brechas o limitantes obstaculizan la inclusión de los más pobres, amenazan la cohesión

⁶⁴³ Los cálculos se realizaron con base en los criterios recomendados por el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza. Los datos de montos se presentan en cifras cerradas a pesar de que los cálculos se realizaron con mayor precisión. Las cifras de pobreza correspondientes a los años 2000, 2002 y 2004 se obtienen al mantener fijo el coeficiente de Engel al año 2000. Por tal motivo, las cifras del año 2002 difieren de las reportadas en informes anteriores. La unidad de medida se refiere a pesos correspondientes al mes de agosto del año de estudio.

social generando focos de delincuencia y criminalidad y ponen de manifiesto la necesidad de formular políticas sociales que permitan disminuir las distancias entre sectores sociales.

El Estado social de Derecho, como agente central de crecimiento y justicia social, sufre por un lado el ataque de la internacionalización de la economía, y por el otro lado, la fragmentación de identidades culturales, regionales y políticas, el primero a nivel global, mientras que el segundo es a nivel local; globalización económica y diversificación o fragmentación cultural son los dos filos de la nueva espada de Damocles⁶⁴⁴ que desafía al príncipe del Estado dejando su trono y reinado semivacío.

El debate actual sobre la crisis del Estado social y de bienestar no se centra exclusivamente en la tendencia al crecimiento de las cargas económicas. También son objeto de censura la excesiva burocratización, la centralización, la profesionalización, la monetarización y la juridificación, que siempre han ido asociadas al desarrollo del Estado social. No obstante, pese a sus críticos, es indiscutible que el Estado social⁶⁴⁵¹² ha actuado como un potente motor de cambio y desarrollo social, y que con la extensión de sus servicios públicos al campo de la seguridad social ha contribuido de forma decisiva a paliar, mitigar y reducir enormes diferencias socio-económicas.

Frente a las corrientes neoliberales económicas que pretenden una privatización salvaje e insisten en el paradigma de que lo público debe "gobernar más y administrar menos". No obstante, este modelo no nos aclara las directivas políticas que lleven a decir claramente qué debe ser administrado directamente por lo público y que puede ser de alguna manera, administrado desde afuera. Además, este modelo no facilita a los ciudadanos la evaluación de las prestaciones de los servicios públicos con lo que no permite combatir los enemigos importantes de la Administración pública, como la burocratización, el aumento de costos y recaudación fiscal.

⁶⁴⁴ Vid. OLIVAS CABANILLAS, Enrique, "Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina" en Dilex, 2007.

⁶⁴⁵ Véase para ampliar más AGUILERA PORTALES, Rafael, "Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social" en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, n° 10, año 2006, pp. 1-29.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Existen numerosas definiciones imprecisas y confusas sobre los derechos sociales. Entre las que lo definen como las obligaciones que implican un quehacer por parte del Estado para la satisfacción de determinadas necesidades. No obstante, consideramos que es necesario clarificar estos conceptos, pues existen casos en que algunos derechos de libertad o de seguridad jurídica, también pueden considerarse como prestacionales, p.e. el derecho que tiene todo ciudadano a que se le administre justicia o el derecho de un inculpado a ser defendido por un defensor de oficio en un proceso penal que sea proporcionado por el Estado.

Respecto al problema semántico que representa definir a los derechos sociales, debemos distinguir en primer lugar, el grado de obligación de hacer en sentido estricto que los caracteriza y respecto al tipo de obligación que generan⁶⁴⁶. Por tanto, desde nuestra óptica, se debe definir a los derechos sociales desde una perspectiva estructural y no histórica o política, para evitar caer en imprecisiones o contradicciones⁶⁴⁷. Los derechos sociales son, entonces: derechos a prestaciones en sentido estricto, que consisten en “derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”⁶⁴⁸.

En segundo lugar, toca justificar la existencia de los derechos sociales. La formación y sentido que se les da a los derechos, ha sido por aportaciones de movimientos político-sociales y de ideologías que han edificado la cultura jurídica moderna, entre las que se encuentran: el pensamiento liberal, el democrático y el socialista⁶⁴⁹. Existen distintas fundamentaciones en torno a los derechos sociales. Nos centraremos en las posturas más significativas, ya que el debate resulta ser demasiado amplio y excedería los límites del

⁶⁴⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel y CRUZ PARCERO, Juan Antonio, Voz: “Derechos Sociales”, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo IV, UNAM, IJ, México, 2006, p. 661.

⁶⁴⁷ Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Trotta, Madrid, 2007, pp. 74-75.

⁶⁴⁸ Cfr. ALEXY, Robert, Teoría de Los derechos fundamentales, (traducción y estudio preliminar de Carlos Bernal Pulido), CEPIC, Madrid, 2008, p. 443. (2ª ed.)

⁶⁴⁹ Cfr. PECES BARBA, M. G., “Reflexiones sobre los derechos sociales” en La constitución y los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 200.

presente estudio. Primeramente, según la concepción socialista, los Derechos sociales “tienen estrecha dependencia de las condiciones de producción, de cuyo desarrollo se consideran reflejo⁶⁵⁰”. La mayor parte de los juristas defensores de esta postura, afirman que no existe diferencia entre las libertades y los derechos sociales consagrados en sus Constituciones⁶⁵¹. Otra de las opiniones fundamentadoras, es la que le concede un carácter programático. Dicha teoría tiene apoyo de parte de la doctrina francesa. Para esta escuela, “los derechos sociales implican una pretensión frente al Estado, la cual solo puede ser satisfecha mediante la creación de un aparato destinado a responder a estas exigencias en términos de servicio público, por lo que [...] la satisfacción de estas prestaciones [...] dejan al Estado un amplio margen de discrecionalidad sobre su organización⁶⁵²”.

Ahora bien, el surgimiento la fórmula de Estado Democrático y Social de Derecho en la Ley Fundamental de Bonn en 1949, permitió sin duda alguna, la transformación del Estado⁶⁵³. De la interpretación de este principio constitucional, afirma Ernesto Benda, han sido abandonadas las concepciones que lo reducían a una mera fórmula nebulosa y vacía de contenido, es decir de carácter programático, para convertirse en un principio rector vinculante para los poderes públicos, al respecto se ha establecido que la cláusula de Estado Social

No corresponde con una idea abstracta de ciertas necesidades básicas, sino, en una época de rápido cambio social y de circunstancias cambiantes. [...] las tensiones entre Estado de Derecho y Estado Social, entre libertad individual y el riesgo de paternalismo estatal, entre solidaridad y subsidiariedad sólo son moderables si la interpretación del Estado social no es unilateral, rígida e irrevocable⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 87.

⁶⁵¹ Cfr. FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, “La polémica Burke-Paine, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XI, V. II, T. II, *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA y otros, Dykinson, Madrid, 2001, p. 407.

⁶⁵² Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos*, op. cit., p. 85.

⁶⁵³ Vid. PEREZ ROYO, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional Español” en REDC, Año 4, núm. 10, Enero-abril, 1984, pp. 157-181; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La voz <<Estado Social y Democrático de Derecho>>: materiales para un léxico constitucional español”, en RCEC, Núm. 12, Mayo-agosto, 1992, pp. 9-23; ORZA LINARES, Ramón, *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, (prólogo de Pablo Lucas Verdú), Comares, Granada, 2003.

⁶⁵⁴ Cfr. BENDA, Ernesto, “El Estado Social de derecho”, 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. 529.

Así las cosas, podemos señalar que, en el surgimiento del Estado Social confluyen las siguientes circunstancias: “a) el individuo es incapaz de satisfacerse por sí solo, o con la ayuda de su entorno más inmediato, sus necesidades básicas. b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual. c) Se desarrolla la convicción de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar”⁶⁵⁵.

Conforme a indicadores internacionales, México tiene uno de los peores índices en el mundo de distribución justa de la riqueza y un alto grado de pobreza. Durante el año 2002, había 20 millones de personas que vivían con menos de dos dólares al día en nuestro país y poco más de 40 millones de gente en pobreza moderada, la mayoría concentrada en las zonas rurales, así mismo, gran parte de la riqueza nacional se concentra en menos del 20 por ciento de la población nacional⁶⁵⁶. Pero, ¿basta a caso las anteriores estadísticas para justificar la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro país? Nuestra respuesta es parcialmente afirmativa, ya que existen un sin número de fenómenos justificadores que se adecuan al entramado teórico que hemos anunciado previamente para fundamentar los derechos sociales, entre los que se encuentran: la prolongación de la vida por medios artificiales y el deterioro en la calidad de vida de las personas, el desempleo, las crisis de la familia, la feminización de la pobreza (p. e. el caso de las madres solteras, mujeres indígenas), la inmigración, la concentración de la riqueza en unas cuantas manos, entre otras⁶⁵⁷.

Entre los derechos a los que hace referencia el tema del presente estudio podemos señalar los siguientes: el derecho a participar en el desarrollo económico del país a través de distintos medios, como el derecho a la participación en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (PND), el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, derechos de los menores de edad, derechos de los trabajadores, derecho a la alimentación, entre otros. Hemos revisado los argumentos que justifican y fundamentan la existencia de un determinado catálogo de derechos sociales, sin embargo, existen también argumentos que niegan la posibilidad de que estos puedan ser

⁶⁵⁵ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2005, p. 175.

⁶⁵⁶ Cfr. WORLD BANK, Report No. 28612-ME, *Mexico Poverty in Mexico: An Assessment of Conditions, Trends and Government Strategy*, Colombia and Mexico Country Management Unit Latin America and the Caribbean Region, Poverty Reduction and Economic Management Division, June 2004, p. XXII.

⁶⁵⁷ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 762.

justiciables. Entre las principales objeciones, se encuentran las que señala el iuspublicista alemán de la Universidad de Kiel, Robert Alexy⁶⁵⁸:

- a. Los derechos sociales conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la de los Tribunales.
- b. Es difícil determinar el contenido esencial de un derecho fundamental social. p.e., ¿hasta donde pudiera considerarse que un medio ambiente es saludable? ¿Cuándo y hasta donde un salario puede considerarse justo? ¿Cuándo una vivienda es “digna y decorosa”? ¿Hasta que grado debe garantizarse la educación?
- c. El legislador es el único órgano legitimado democráticamente para decidir cual es el contenido de los Derechos Fundamentales sociales.
- d. Los Derechos Fundamentales sociales entran en conflicto o colisión con otros derechos. Por ejemplo, frente al derecho que tiene toda persona al trabajo el Estado no puede intervenir con los agentes privados obligándolos a contratar a personal y de este modo pueda satisfacer este derecho.
- e. La falta de recursos materiales por parte de la Administración pública para satisfacer algunos Derechos Fundamentales sociales.
- f. Pueden existir derechos sociales que también colisionen con otros derechos a su vez, tal es el caso, v. g. entre un derecho al trabajo y el derecho a un medio ambiente saludable.

Sobre este respecto, la teoría de los Derechos Fundamentales del estado social defendida principalmente por Böckenförde, se ha sostenido que la adopción de medidas o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto político y no de interpretación constitucional.

por consiguiente, si se abre la puerta a la aplicación jurisdiccional de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional no terminaría interpretando la Constitución, sino decidiendo acerca de cuáles son los medios que deben ser adoptados para la satisfacción de los objetivos sociales, de la misma forma que lo haría el legislador [...] es decir, las disposiciones de derechos prestacionales se concretan normativamente en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al legislador y a la administración [...] son tan indeterminados, que necesitan siempre una concreción mediante políticas legislativas.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 447-453.

⁶⁵⁹ 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. 63 y ss.

No podemos negar las anteriores manifestaciones en torno al problema de la existencia, fundamentación y justificación de los derechos sociales, no obstante, debemos señalar que estos responden a una necesidad básica, prioritaria y fundamental del Estado Democrático y Social de derecho. Satisfaciendo los cuatro planos de análisis de los Derechos Fundamentales propuestos por el maestro FERRAJOLI, podemos establecer que, los Derechos Sociales responden a un cúmulo de luchas, reivindicaciones y logros de minorías que han sido ignoradas a lo largo de siglos, son producto de las necesidades de los miembros más débiles y desprotegidos de la sociedad.

Se justifican axiológicamente con el valor de la fraternidad o solidaridad humanas, que nos muestran, la necesaria coexistencia y ayuda mutua por la sobrevivencia en una sociedad del riesgo global⁶⁶⁰ cada vez más aprisionada y encarcelada en sus pequeñas parcelas de poder, egoístas de los progresos de sus Estados de Derecho plenamente desarrollados o en vías de realización.

De esta manera, “el Estado ha perdido su rol protector y ha cedido ante el nuevo panorama global. Es en este preciso momento, que se hace urgente la creación de garantías para asegurar al ciudadano que, ante esta crisis, sus necesidades básicas no serán conculcadas”⁶⁶¹.

2. LA EFICACIA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO

El fracaso del Estado Benefactor, se debió principalmente a los excesos y arbitrariedades de la Administración al aplicar las políticas públicas en materia de derechos sociales, la ausencia de reglas en los grupos de presión, clientelas, proliferación de la discriminación y privilegios⁶⁶², dando como resultado la compleja crisis sistémica que atraviesa el Estado moderno⁶⁶³. En el presente apartado se analiza el punto toral de nuestra discusión: la justiciabilidad de los derechos sociales. Considero que la acepción de justiciabilidad debe situarse en un contexto donde los órganos

⁶⁶⁰ BECK, Ulrich, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, (traducción de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás), Paidós, Barcelona, 1998, p. 16.

⁶⁶¹ Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael, “Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho” en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 10, Madrid, 2006-2007, p. 112.

⁶⁶² Vid. FERRAJOLI. Luigi, Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Trotta, España, 1999, p. 30.

⁶⁶³ Cfr. HABERMAS, Jürgen, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Cátedra, Madrid, 1999, pp.55 y 87.

jurisdiccionales, sean los garantes para dar plena efectividad a cada uno de los derechos. Sin embargo, podemos establecer que los derechos sociales pueden ser efectivos por conducto de políticas públicas eficientes y eficaces.

En este sentido, muchos de los derechos sociales en nuestro país, han sido considerados imperfectos y carentes de justiciabilidad mediante el instrumento tutelar de los derechos humanos denominado Juicio de Amparo⁶⁶⁴. Entre las materias que sí son justiciables de manera plena, se encuentran la agraria y laboral, por medio de Tribunales especiales como las Juntas de Conciliación y Arbitraje (laboral) y los Tribunales Agrarios. Los tribunales referidos en líneas anteriores, dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo, por lo que la justicia que se ejerce en tales órganos, es de índole administrativa, pero siguiendo la moderna teoría del derecho administrativo, los actos de los Tribunales agrarios y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, son materialmente jurisdiccionales, pero formalmente administrativos⁶⁶⁵, por lo que podemos concluir, que sí existe la justiciabilidad para estos asuntos.

Antes de continuar con el presente estudio, debemos resolver dos cuestiones. ¿Cuáles derechos deben ser justiciables y por qué? La Constitución Mexicana y las Declaraciones, Convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro gobierno⁶⁶⁶, establecen un amplio catálogo de derechos sociales:

- Derecho a la alimentación.
- Derecho al agua.
- Derecho al deporte.
- El derecho a la protección de la salud.
- El derecho a una vivienda digna y decorosa.
- El derecho a la educación.
- Derechos de los menores de edad.
- Los derechos de los trabajadores.
- La protección y organización de la familia.

⁶⁶⁴ Cfr. BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, Porrúa, México, 2004, p. 710; BURGOA, Ignacio, El juicio de amparo, Porrúa, México, 2006, p. 265.

⁶⁶⁵ Vid. DE ENTERRÍA, GARCÍA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, 2v., Civitas, Madrid, 2002.

⁶⁶⁶ Algunos de ellos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre muchos más. Se encuentran disponibles en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/derechos_humanos.php

De los derechos antes enunciados, podemos mencionar que no todos pueden o deben ser exigibles mediante órganos jurisdiccionales. Respondiendo a la interrogante planteada en el segundo inciso del párrafo precedente, existen ciertos derechos que por su inmediata necesidad necesitan ser cubiertos por parte de la administración pública. No debe existir una tensión entre el poder judicial y el administrativo en materia de políticas de prestaciones sociales. Es decir, la vía administrativa y la vía judicial, deben ser un complemento para dar plena efectividad a los derechos sociales.

Una de las principales objeciones para negar la efectividad de los derechos sociales, ha sido la falta de recursos materiales por parte de la Administración pública, excusa más recurrente de países en vías de desarrollo como el nuestro. Existe una abundante, densa y prolija discusión en torno a la rigidez de los contenidos de las Cartas Constitucionales, especialmente en materia de derechos sociales. Los principios de no regresión y progresividad⁶⁶⁷ nos indican que, esta prohibido para el legislador disminuir el catálogo de derechos humanos mínimos establecidos en las Constituciones. Entre los defensores de la postura contraria, mencionan como principal argumento, que debe corresponder en definitiva al ciudadano, decidir sobre el destino de los recursos públicos⁶⁶⁸. De esta forma, los derechos sociales, pudieran, si lo decide la mayoría en el marco de una democracia procedimental, retroceder o quedar por debajo de lo que constitucionalmente había sido establecido, atentando en contra del principio de prohibición de no regresión de los derechos humanos, establecida universalmente en los Tratados y Declaraciones Internacionales en materia de Derechos Sociales suscritos por nuestro país y que forman parte de nuestro derecho vigente.

Entre otras de las críticas bastante agudas sobre los derechos sociales y el establecimiento de los mismos mediante Constituciones rígidas, han sido aquellas que califican a estos autores como los creadores de Cartas Fundamentales devoradoras de la democracia procedimental y de incluir un catálogo de derechos humanos insaciable⁶⁶⁹, también se las ha tildado de contener un sinnúmero de preceptos indeterminables y el riesgo de dejar la

⁶⁶⁷ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004.

⁶⁶⁸ Cfr. BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía* No. 16, Abril 2002a, México, p. 31.

⁶⁶⁹ Cfr. PINTORE, Ana, "Derechos insaciables", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1999, p. 243.

última palabra al poder judicial, lo que para algunos sería considerado como gobierno de jueces, siguiendo a la doctrina francesa⁶⁷⁰.

Los derechos sociales son justiciables en el Estado mexicano, no obstante, debemos procurar que los ciudadanos y órganos de la Administración pública y jurisdiccionales tomen en serio su Constitución. Lo anterior, se debe a que en nuestro país no tenemos una tradición de vivencia de los derechos humanos, es decir, gran parte de la población sigue creyendo que los derechos sociales son el resultado de la benevolencia del bienhechor gobernante o de la discrecionalidad de las Secretarías de Estado encargadas de resolver el problema de la marginación y la pobreza.

Hasta que no enarbolemos por nosotros mismos la bandera constitucionalista e institucional, no podremos desatarnos de las cadenas del paternalismo caritativo que distinguió a los postulados posrevolucionarios. Sólo hasta ese momento podremos acudir ante la autoridad y exigir los derechos sociales que legítimamente nos corresponden por el simple hecho de ser ciudadanos. Esto implica, dejar de concebir a la asistencia social como mera caridad, y entender que, promover el bienestar general, significa asegurar la libertad para nosotros mismos y nuestra prosperidad⁶⁷¹.

El poder legislativo ha impuesto al los poderes ejecutivo y judicial un reto abismal, al establecer un catálogo de derechos sociales tan elevado. Este fenómeno de retórica constitucional se ha dado en la mayoría los países latinoamericanos. Estamos tan acostumbrados a pensar que nuestros problemas sociales se solucionarán por el simple hecho de modificar o incorporar a nuestras Constituciones contenidos más complejos.

3. LA COMPLEJA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PLENA EFECTIVIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Como bien hemos distinguido líneas arriba. Existen dos formas de hacer efectivos los derechos sociales: la vía de la Administración pública, por conducto de la Secretarías de Estado (Secretaría de Desarrollo Social

⁶⁷⁰ Cfr. PRADO MAILLARD, José Luis, "Gobierno de Jueces" en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro compilador, México, Limusa, 2006, p. 171.

⁶⁷¹ Cfr. TRIBE H., Laurence, "Welfare Rights: "The Guarantee of Distribution With an Even Hand and the Implicit Recognition of Affirmative Duties to the poor" en *American Constitutional Law*, Goldberg vs Kelly (1970), University textbook series, Foundation Press, 2nd ed., New York, 1988, p. 1644.

-SEDESOL-), y la segunda, mediante su justiciabilidad ante los órganos judiciales, tales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Agrarios o las Juntas de Conciliación y Arbitraje. La primera exige todo un complejo aparato burocrático, férreamente disciplinado y efectivo. Las objeciones principales que se han planteado a este sistema son: los márgenes de discrecionalidad que generan excesos por parte de la Administración pública, al poner en práctica las políticas de asistencia social. A esta crítica se adhiere otra, se trata de la nueva visión de la Administración pública denominada *management público*⁶⁷², que concibe al Estado como un mero administrador de recursos, olvidándose en ciertos casos del bien público.

Empero, debemos señalar la profesionalización que ha tenido la Secretaría de Desarrollo Social. Ejemplo de ello ha sido la creación de la Ley General de Desarrollo Social (LGDS). Uno de los objetivos principales de esta Ley es el “garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social, bajo los principios de libertad, justicia distributiva, solidaridad, integridad, participación social, sustentabilidad, respeto a la diversidad, Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades y transparencia”⁶⁷³.

Creemos que en el aspecto de la justiciabilidad de los derechos sociales por parte de órganos jurisdiccionales en nuestro país aún le falta un largo camino por recorrer. Últimamente ha habido pronunciamientos en la Corte que han destacado el buen desempeño y desarrollo de teorías innovadoras, como es

⁶⁷² Esta concepción de la administración, tomada de la gerencia privada, retoma los postulados del neoliberalismo implantado en Inglaterra por Margaret Thatcher y en Estados Unidos por Ronald Reagan. Los cuales consideran que el Estado debe ser manejado de la misma forma que una empresa privada. Vid. VALLS HERNÁNDEZ, Sergio y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2003.

⁶⁷³ Arts. 1º a 3º de la Ley General de Desarrollo Social.

el caso de las “tiendas de raya”⁶⁷⁴ o el reconocimiento de la existencia de un “derecho a un mínimo vital”. Respecto a este último tema, la Corte sostuvo en lo concerniente al derecho a un mínimo vital en relación con la obligación constitucional de pagar impuestos, al respecto lo siguiente:

El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere 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. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordinadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.⁶⁷⁵

El respeto al contenido esencial de este derecho exige que no se pueda equiparar automáticamente la capacidad que deriva de la obtención de cualquier recurso con la capacidad de contribuir al

⁶⁷⁴ Dicho asunto versó en esencia sobre el clausulado en el Plan de Previsión Social establecido en un contrato de trabajo entre la Tienda Wal-Mart y sus empleados en el Estado de Chihuahua (México), donde se establecía que un porcentaje del sueldo de los trabajadores de aquella dependencia les sería pagado con vales, que serían cobrables únicamente en las sucursales de la misma dependencia. La sentencia estableció que “el llamado “Plan de Previsión Social” consiste en la entrega de vales de despensa que proviene del salario del trabajador para ser canjeados únicamente en el establecimiento de la empresa patronal, que es similar a la práctica que se llevaba en las antiguas tiendas de raya en que los trabajadores también recibían el pago de sus salarios mediante vales de despensa para ser canjeados en la tienda de raya propiedad del patrón, con la diferencia de que los productos los adquiriría a un precio alto”. Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1180/2008. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3 de septiembre de 2008.

⁶⁷⁵ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO”. Tesis Aislada: 1a. XCVII/2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 793. Derivada del Amparo en revisión 1780/2006. 31 de enero de 2007. Primera Sala. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

gasto público, todo ello respecto de las personas que puedan carecer de lo básico para subsistir en condiciones dignas; la acepción negativa del derecho al mínimo vital se erige como un límite que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna. Esta limitante se ha expresado tradicionalmente en la prohibición de los impuestos confiscatorios, pero también es especialmente relevante para el caso el derecho al mínimo vital, en particular el de las personas que apenas cuentan con lo indispensable para sobrevivir. Lo dicho no implica intromisión alguna en la esfera legislativa dentro de la cual se inscribe la configuración del sistema tributario, dado que la misma, por una parte, no es ilimitada -siendo que corresponde a este Alto Tribunal la verificación del apego a las exigencias constitucionales- y por el otro, no es pretensión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que legalmente se defina con toda certeza ese mínimo de subsistencia que serviría de punto de partida en la imposición, sino que se reconozca un patrimonio protegido a efectos de atender las exigencias humanas más elementales, lo cual implica excluir las cantidades o conceptos que razonablemente no puedan integrarse a la mecánica del impuesto -ya sea a nivel del objeto o que no puedan conformar su base imponible-, toda vez que dichos montos o conceptos se encuentran vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas del titular⁶⁷⁶.

El criterio relatado en líneas previas, se ajusta a la teoría de los Derechos Fundamentales del estado social que hemos explicado en párrafos anteriores, ya que de manera indirecta exige al legislador respetar los principios constitucionales del tributo, con la finalidad de evitar cargas excesivas o desproporcionales a la propiedad de las personas a través de la creación de impuestos confiscatorios. Es decir, los intérpretes constitucionales han cuidado de alguna forma no intervenir en la actuación del legislador democrático.

Otra de las resoluciones que sin duda definirá la forma de combate a la pobreza en años venideros fue la que resolvió la controversia constitucional 41/2006⁶⁷⁷, entre el poder legislativo y el ejecutivo federal. En lo medular,

⁶⁷⁶ "DERECHO AL MÍNIMO VITAL COMO LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO". Tesis Aislada: 1a. XCVIII/2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 792. Derivada del Amparo en revisión 1780/2006. 31 de enero de 2007. Primera Sala. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

⁶⁷⁷ En México, una controversia constitucional es un mecanismo de defensa de la constitución llevado ante la Corte, que sirve para proteger el principio de división de poderes y la esfera competencial de cada uno de los poderes de la Unión. Para mayor referencia puede consultarse: COSSÍO DÍAZ, José Ramón, La controversia constitucional, Porrúa, México, 2008.

esta controversia constitucional fue planteada por el poder legislativo en contra del poder ejecutivo federal, ya que según el primero, se violaban los principios de reserva de ley y jerarquía normativa, debido a que el poder ejecutivo había creado el Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social (citada en líneas previas), donde algunas de sus disposiciones contrariaban normas de la Ley General de Desarrollo Social creada por el legislativo, violando así, la esfera competencial del congreso.

En lo que respecta a la impugnación aducida por el actor, se argüía en específico que el artículo 37 del Reglamento creado por el poder ejecutivo federal, violentaba el 36 de la Ley General de Desarrollo Social, ya que otorgaba la facultad a la Secretaría de Desarrollo Social para poder definir los criterios para la medición de la marginación y vulnerabilidad de los grupos de población, así como la identificación de las personas o grupos en situación de pobreza, atribución que legalmente sólo le correspondía al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Organismo Público Descentralizado). Dicho precepto establece lo siguiente:

ARTÍCULO 37.- Las personas o grupos sociales en situación de pobreza serán aquéllos que identifique la Secretaría, con sujeción a los lineamientos y criterios que para la definición, identificación y medición de la pobreza establezca el Consejo Nacional de Evaluación. Para tales efectos, el Consejo Nacional de Evaluación deberá mantener actualizados los indicadores referidos en el artículo 36 de la Ley, con base en la información que genere el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, independientemente de otros datos que estime convenientes.

La Corte finalmente dio la razón al poder ejecutivo federal y declaró válido el Reglamento impugnado. Dicho lo anterior, podemos concluir entonces que la facultad para determinar cuáles serán los grupos vulnerables queda en manos de una Secretaría de Estado, en específico de la Secretaría de Desarrollo Social. La línea argumentativa por parte de la Corte siguió el mismo hilo conductor que las anteriores, dejando a un lado el activismo judicial y respetando la labor del poder ejecutivo federal en la realización y concreción de los derechos sociales. Incluso llegó a pronunciarse sobre algunos aspectos relacionados con la caracterización de estos.

Que la Constitución establezca que los derechos sociales deben tener un alcance general no significa universalizar en la

implementación de todos y cada uno de los mismos. La pretendida obligación de prever el acceso universal a la totalidad de los derechos sociales con exclusión de las políticas focalizadas, haría impracticable la política pública del Estado en relación a los grupos más marginados de la sociedad. [...] Llevado al absurdo, el argumento haría superflua la definición misma de pobreza, ya que no solamente los derechos de aplicación universal, sino que la totalidad de los programas de desarrollo tendrían que ser para todos sin poder distinguir entre grupos o personas para su asignación.

Con esto no quiere decirse en ningún sentido que los derechos sociales son derechos programáticos, ya que sí establecen una obligación específica al Estado; sin embargo, estos derechos no excluyen la prioridad de los grupos más desaventajados frente a los menos desfavorecidos [...]

La Constitución en materia de derechos sociales es, por tanto, un complejo entramado normativo que conjunta las obligaciones prestacionales del Estado con la concurrencia y coordinación de las sus facultades en materia financiera y presupuestal, lo cual, si bien no vacía de obligatoriedad a los derechos sociales ya que los mismos mantienen su exigibilidad frente al ciudadano, si permite que se jerarquice y se establezcan prioridades para su asignación en materias específicas dependiendo de las necesidades particulares de los ciudadanos para alcanzar un nivel general de bienestar al cual se encuentra obligado el Estado⁶⁷⁸.

En este sentido, podemos expresar que hay dos cuestiones en conflicto: la universalidad de los derechos sociales y la focalización a los sectores más desprotegidos de la sociedad. ¿Cómo resolver este dilema? Si como bien lo dicen los ministros, los derechos sociales pertenecen a ese complejo entramado normativo que engloba también las facultades de planeación del desarrollo nacional, así como la rectoría económica del Estado: ¿son adecuados los parámetros para medir esa desigualdad? ¿Correspondía a la Corte decidir si esos parámetros eran los adecuados? ¿Qué mejor marco de referencia pudiera tomar la Secretaría de Desarrollo Social para definir la pobreza y medir la desigualdad a diferencia de un órgano técnicamente especializado y científico? Desde la perspectiva de la resolución que fue aprobada por mayoría de votos el método adoptado por la Secretaría de

⁶⁷⁸ Sentencia relativa a la controversia constitucional 41/2006. Actor: Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. 3 de marzo de 2008.

Estado respondía a las exigencias científicas que se desarrollan para la medición de la pobreza.

4. MECANISMOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

El constitucionalismo mexicano a partir de 1917, sirvió como motor impulsor del establecimiento de los derechos sociales en muchas Cartas Constitucionales en el mundo, tal es el caso de la Constitución Política de Weimar en 1919, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Española de 1978. No obstante de haber sido un ejemplo para estas naciones, México se quedó en el pasado y fue superado por el presente de realidades inmediatas, por ese México que asoma cada vez que el político recuerda que en las elecciones también se requiere el voto de la mayoría de los sectores marginados

Hoy más que nunca, los derechos sociales deben convertirse en una realidad para nuestras naciones en vías de desarrollo. Existen numerosos fenómenos que siguen erosionando la confianza del ciudadano hacia el Estado y su Administración. Nos encontramos ante una crisis sistémica e inevitable, que va menguando la esperanza de los gobernados en el Estado como auténtico garante de los derechos sociales. Han pasado décadas desde la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los avances sobre el cumplimiento de este Pacto han ido escasamente progresando. Reconocemos que se ha avanzado en muchos sectores, pues es difícil detener la inercia de los grandes cataclismos que provocaron las graves crisis económicas y políticas durante los años ochenta y noventa, reduciendo el nivel y la calidad de vida de los mexicanos. Sin embargo, es tiempo de que los derechos de segunda y tercera generación sean cláusulas necesarias e indispensables para dar legitimidad al actual modelo de Estado Constitucional.

Actualmente, los mecanismos para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país se vuelven todavía imprecisos e inciertos. Las políticas en materia de prestaciones sociales, descansan sobre un pesado aparato burocrático, que no permite racionalizar los criterios bajo los cuales se atiende a los sectores marginados del país. El asistencialismo, queda solamente como una mera técnica pragmática que nos ayuda a otorgar

dádivas y no generar instrumentos y mecanismos adecuados de empleos, desarrollo económico y social, que se refleje en el bienestar de los más débiles de este país.

Sin duda alguna, creemos que hace falta un amplio consenso parlamentario para incorporar la fórmula de Estado democrático y social de derecho en nuestro país, con el objeto de que cualquier futura planeación económica, social, política y cultural este regida conforme las directrices de este principio. Se pudieran tomar de referencia la Constitución Española de 1978 o la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En estos países, la fecunda interpretación constitucional ha puesto de manifiesto la utilidad de esta cláusula plasmada en estos dos textos fundamentales. El Tribunal Constitucional Español ha resuelto diversas controversias en materia de prestaciones sociales, basándose en la cláusula de Estado social y democrático de derecho a favor de estos⁶⁷⁹. La tradición española recibió gran influencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, este mismo, ha reiterado en diversas ocasiones su compromiso con la fórmula de estado social de derecho, en resoluciones en relación también a prestaciones sociales como subvenciones laborales para la creación de empleos, subsidios por incapacidad física y mental, etc.⁶⁸⁰

La incorporación de esta cláusula, y especialmente la de Estado Social, ayuda a establecer un parámetro al cual estarán sujetos los poderes públicos en la elaboración y cumplimiento de las políticas sociales. Esto no representa incorporarnos a ninguna ideología o esquema socialista o capitalista de estado. Hacer válida esta cláusula significa brindar un instrumento rector y guía al poder público, a través del poder ejecutivo y judicial, para dar vigencia a los derechos sociales, respetando los principios de no regresión y progresividad de los mismos.

Un derecho social tiene razón de ser ante las situaciones de injusticia y la vulnerabilidad y fragilidad de las personas, tales situaciones pueden ser: la

⁶⁷⁹ A este respecto pueden verse las siguientes sentencias: Recurso de inconstitucionalidad: 25/1981, Ponente: Antonio Truyol Serra, 14 de julio 1981; Recurso de inconstitucionalidad: 32/1981, Ponente: Francisco Rubio Llorente, et. al. 28 de julio de 1981; Cuestión de inconstitucionalidad: 34/1981, Ponente: Rafael Gómez-Ferrer, 10 de noviembre de 1981; Recurso de amparo, 398/1981, Ponente: Antonio Truyol Serra, 5 de mayo de 1982; Recurso de amparo: 81/1982, Ponente: Luis Díez-Picazo, 21 de diciembre de 1982.

⁶⁸⁰ Sentencias de la Sala Primera de 18 de junio de 1975, -1 BvL 4/74-; 59,231 de 13 de enero de 1982; y 100,271 I de 27 de abril de 1999. SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, 2003, pp. 16-17.

concentración de riqueza en unas cuantas manos, la precariedad laboral (legitimada en algunos países por el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos laborales y llevada al extremo por esta sociedad capitalista occidental), el calentamiento global (que provoca daños irreversibles al medio ambiente), la pérdida de los valores esenciales en la familia, la marginación social, el analfabetismo, las hambrunas y tantos problemas sociales que deben ser resueltos por un proyecto en el que seamos incluidos todos, mediante el respeto a los contenidos esenciales y vivencia de los Derechos Humanos. Porque es en tiempos de crisis, cuando más efectivos y necesarios se tornan los derechos sociales.

La última interrogante que planteamos es la siguiente: ¿quién ha de mantener toda esa superestructura de garantías y prestaciones sociales?, primeramente, creo que debemos volver a replantearnos la configuración y la distribución de recursos de la Administración pública. La destinación del recurso de máximos disponibles, como bien lo establece el artículo 2.1 del Pacto Internacional antes aludido sería un buen principio rector para ello. Y aún si vamos más allá; en la actualidad, el mercado financiero a nivel global, ha creado grandes vacíos y huecos legales que han privilegiado el capital especulativo sobre el capital verdaderamente productivo y generador de desarrollo social en determinadas naciones.

Tomando en cuenta los argumentos vertidos en líneas precedentes, podemos establecer que, son necesarios ciertos presupuestos básicos para que los derechos sociales lleguen a ser realmente efectivos, ya sea a través de la vía administrativa o judicial, entre los que se encuentran⁶⁸¹:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.
- d) Establecer vías judiciales, para llevar ante los tribunales las posibles violaciones de los derechos señalados.

⁶⁸¹ Cfr. CARBONELL, Miguel, "La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar coord., Trotta, I.I.J., UNAM, Madrid, 2005, pp. 201-202.

- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, pues alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que, en efecto, se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad.
- j) Asegurar los niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

La fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho puede ser efectiva en nuestro país. México tiene una infinidad de recursos materiales e intelectuales que deben ser explotados para beneficio de las mayorías, pues, no es posible que en un país, líder en muchos sectores industriales no permita todavía a su población disfrutar de los beneficios que generan estas riquezas. Sin duda alguna, el futuro de los derechos sociales exige mucho a todos los sectores de este país. Esperemos que la esperanza que hemos depositado en nuestras instituciones siga con paso firme hacia una exigencia y cumplimiento progresivo de los derechos sociales. Pues, cuando el ciudadano deja de importarle el bien colectivo, para dedicarse de manera egoísta o por supervivencia a su bienestar personal, es cuando los ciudadanos de nuestras frágiles democracias buscan soluciones apresuradas, e incluso, sacrificando su propia libertad o desmantelando las instituciones.

II. LOS DERECHOS CULTURALES COMO DERECHOS DIFERENCIALES EN EL ESTADO MULTICULTURAL

El siglo XX y el presente siglo ha sido predominantemente “la era de las migraciones”, “el siglo de los derechos de las minoras”, “la era de los nacionalismos” por excelencia, un tiempo caracterizado principalmente por la

afirmación creciente de las “políticas de la diferencia” o “políticas del multiculturalismo”⁶⁸². Las sociedades democráticas modernas tienen que hacer frente cada vez más a grupos minoritarios, a flujos migratorios que exigen el reconocimiento de su identidad, sus patrones culturales y la integración de sus peculiaridades y diferencias culturales, algo que, a menudo, se denomina el reto del “multiculturalismo”⁶⁸³. Como afirma el gran sociólogo Sami Naïr: “esta globalización engendra la mutación de pertenencias, la desregulación de la identidades nacionales, la ausencia de un paradigma de referencia colectiva. De ahí el repliegue sobre los marcadores primarios: la identidad personal, la referencia confesional, la pertenencia étnica, la identidad lingüística diferenciada,...”⁶⁸⁴. Nuestras sociedades postmodernas, en breve tiempo, han pasado de las ruinas de las sociedades tradicionales a las sociedades modernas y postindustriales; pero a su vez, de las ruinas de las sociedades modernas están surgiendo dos procesos irreversibles: por un lado, el crecimiento de las redes globales de producción, consumo y comunicación y, por el otro, una especie de retorno a comunidades cerradas, compactas y homogéneas. En este sentido, el multiculturalismo y comunitarismo como corrientes político-jurídicas han realizado una defensa de la comunidad como sustrato de la socialización personal y social.

Nos encontramos en un enorme Estado multiétnico y multicultural como México⁶⁸⁵, donde numerosas minorías diferenciales reclaman un reconocimiento no sólo cultural sino también jurídico-político. No obstante, conviene precisar que nos hallamos ante una problemática no sólo local, sino

⁶⁸² Vid. KYMLICKA, W., Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Paidós, Barcelona, 2000.

⁶⁸³ En la actualidad hay 184 Estados independientes en el mundo, se hablan más de 600 grupos de lenguas vivas y hay unas 5000 culturas societarias. Lo cual significa que, salvo casos excepcionales como Islandia y las dos Coreas (que son países culturalmente muy homogéneos), la inmensa mayoría de los Estados actuales son multiculturales y plurilingües. En América Latina hay más de 40 millones de indígenas. En Bolivia, Guatemala, Honduras, Perú y Ecuador más del 80% de la población es indígena, México es el país con mayor cantidad de indígenas; 12 millones. Actualmente existe una amplia corriente multicultural de defensa de los derechos diferenciales de las culturas minoritarias y el deseo de prevenir su absorción o fagocitación por parte de la cultura dominante y mayoritaria de un determinado Estado. La humanidad no es una tabula rasa, hoy por hoy, la diversidad es un a priori de la realidad mundial, un dato que está ahí cuando llega la globalización y sobre el cual ésta se organiza. El mundo no sólo es plural, sino “incorregiblemente plural”, como recientemente nos ha recordado Jean y John Comaroff”. Especialmente, Vasconcelos reivindicó y defendió la cultura y el mestizaje iberoamericano como elemento constitutivo y esencial de la cultura hispanoamericana.

⁶⁸⁴ SAMI NAÏR, “Los inmigrantes y el Islam europeo”, Claves de la Razón práctica, Madrid, n.105, septiembre, 2000, p. 8.

⁶⁸⁵ TOURINE, A., ¿podremos vivir junto? México, FCE, p.58; Vid. KUNG, H., Proyecto de una ética mundial, Trotta, Madrid, 1998; VILLORO, L., Estado plural. Diversidad de culturas, México, Paidós, 1998.

global que requiere de una solución urgente debido no sólo a la mayor movilización geográfica, económica y migratoria sino también por los profundos cambios que se están avecinando y experimentando en la actualidad en el anquilosado y viejo Estado-nación⁶⁸⁶, un estado moderno que no sabe dar respuesta certera todavía al problema de la globalización.

Una sociedad es multicultural en un sentido sociológico y demográfico si contiene altos niveles de diversidad étnica y racial, esta diversidad cultural puede proceder originariamente de minorías étnicas y raciales ya existentes en un determinado Estado o procedente de los nuevos procesos migratorios que se están produciendo a escala internacional. Tradicionalmente, el Estado democrático de derecho se enfrenta a la problemática de cómo hacer frente a la diversidad cultura para procurar unos mínimos comunes de convivencia política; pero el desafío actual va más allá del reconocimiento del pluralismo político e ideológico que caracteriza cualquier democracia moderna. A menudo, la convivencia social compuesta de heterogeneidad y diversidad de individuos, creencias, costumbres, valores, relaciones entre las distintas comunidades constituye una fuente de desencuentros, tensiones y conflictos. Incluso dentro de un mismo Estado-nación coexisten diversidad de culturas, con lo cual nos encontramos con el problema de la multiculturalidad no sólo a nivel global, sino también nacional o local.

La globalización tecnológica y cultural⁶⁸⁷ ha realizado un hecho prodigioso jamás alcanzado en nuestra historia. Nuestro planeta se nos empequeñece, vivimos en una aldea global electrónica⁶⁸⁸ debido a la facilidad de las comunicaciones y el acortamiento de distancias físicas y geográficas; pero también es cierto que en todas partes se fortalecen y multiplican los agrupamientos comunitarios, los nacionalismos, los fundamentalismos, las asociaciones fundadas en una pertenencia común, las sectas, los cultos, los fundamentalismos y que las sociedades vuelven a convertirse en comunidades homogéneas. Nos encontramos ante una realidad socio-política en la que cuando estamos todos juntos, no tenemos casi nada en común, y cuando compartimos unas creencias y una historia, rechazamos a quienes son diferentes de nosotros.

⁶⁸⁶ ARAMAYO Roberto-VILLACANAS, J. L. (comp.), *La herencia de Maquiavelo, (modernidad y voluntad de poder)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁶⁸⁷ A. MCGREW, "Globalization and Territorial Democracy", en A. McGraw (comp.), *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997.

⁶⁸⁸ MARSHALL MACLUHAM, Hebert, *The global village*, Oxford University Press, Canada, 1989.

Por consiguiente, el dilema actual que se nos plantea es ¿cómo podremos vivir juntos si nuestro mundo está dividido en al menos dos continentes cada vez más alejados entre sí? Por un lado, observamos, comunidades que se defienden contra la penetración de individuos, ideas, costumbres provenientes del exterior desde la afirmación de la cultura propia y, por otro lado, aquel cuya globalización tiene como contrapartida un influjo fuerte y arrasador sobre conductas personales y colectivas que diluye y homogeneiza la identidad cultural. El final del siglo XX e inicio del siglo XXI está marcado por choques entre culturas⁶⁸⁹ cuya dimensión es muy considerable y apreciable. En cada uno de los cinco continentes se están dando continuas migraciones intercontinentales, movilizaciones y desplazamientos de población hacia las grandes ciudades. En nuestro continente de América latina, cientos de miles de personas se han visto obligadas durante los últimos años a abandonar sus campos para establecerse en los suburbios de la megaurbes o metrópolis, pensemos sólo en el fuerte y creciente flujo migratorio hacia nuestro país vecino, EEUU donde se calcula que viven aproximadamente cerca de 35 millones de latinoamericanos: los refugiados se cuentan por millones en la India, Pakistán, Bangladesh China Indochina, Corea, Camboya, Vietnam, Afganistán, Irak, Líbano; las gentes huyen despavoridas y sin futuro en la región africana de los Grandes Lagos y siguen sin encontrar su hogar en oriente medio, la antigua Yugoslavia, en algunas de las repúblicas de la antigua URSS o en Turquía. El número de inmigrantes procedentes de países empobrecidos de América del Sur, África, Asia, y Este de Europa crece sin cesar en toda la Europa occidental y EEUU. Basta recordar los conflictos de irlandeses, belgas, vascos, escoceses, Kurdos, armenios, albanos-kosovares, libaneses afganos, palestinos, et. La situación mundial actual demuestra que el nacionalismo es una de las concepciones políticas del mundo más duraderas y sólidas de la modernidad. El refugiado, el excluido y paria ocupan hoy en el mundo el lugar que ocupó el antiguo proletariado en el interior de los estados europeos industrializados. Los desplazamientos masivos de población y choque entre culturas han

⁶⁸⁹ "La colonización española creó mestizaje, esto señala su carácter, fija su responsabilidad y define su porvenir. El inglés siguió cruzándose sólo con el blanco, y exterminó al indígena, lo sigue exterminando en la sorda y callada lucha económica, más eficaz que la conquista armada". Cfr. VASCONCELOS, José, *La raza cósmica*, Espasa-Calpe, México, 2003, p.19. Figuras como Alfonso Reyes, José Vasconcelos, Octavio Paz, Calos Fuentes ilustran de forma clara y contundente una defensa explícita de esta multiculturalidad como expresión de encuentro y dialogo abierto y permanente entre todas las culturas, especialmente en la cultura iberoamericana.

caracterizado casi siempre la historia por la reaparición de la barbarie e intolerancia⁶⁹⁰.

Normalmente, en las sociedades donde rige el mestizaje y el multiculturalismo, se suele olvidar, por lo general, la trágica historia de los conflictos que casi siempre ha acompañado a la transculturalización, a la integración de las culturas invadidas por las culturas agresoras y el asimilacionismo de las culturas de la inmigración por la cultura mayoritaria del país de destino. En nuestros países sigue rigiendo un fuerte etnocentrismo⁶⁹¹ que nos lleva frecuentemente hacia actitudes de rechazo, discriminación, xenofobia y racismo. La inmigración y la incorporación de minorías étnicas y raciales son las dos fuentes más comunes de diversidad cultural en los Estados modernos. Estas dos experiencias sociológicas hacen necesario diseñar y formular nuevas políticas multiculturales que propicien una mejor integración socio-cultural y socio-económica.

1. RELATIVISMO VS UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema fundamental hoy es que la cultura, como dice la profesora Victoria Camps, los valores culturales sin más, no se miden de hecho, desde patrones éticos, sino desde cánones de la cultura de masas, que es la cultura de los países ricos y desarrollados, de las sociedades industriales orientadas al crecimiento desmedido, ilimitado y arrasador. Nuestros universales hoy en día no son los de la ética o los derechos humanos. El problema ético y jurídico de la diversidad cultural ha de ser confrontado con la tesis de la homogeneidad cultural, una cultura compartida por todos, que significa modernización y progreso.

El problema de la interculturalidad, las diferencias culturales y ataque de la universalidad de los derechos humanos tiene su centro de gravedad en la polémica o debate contemporáneo⁶⁹² entre pensadores modernos o

⁶⁹⁰ GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel, "El problema de la tolerancia en la España de las tres culturas", en BADILLO O'FARRELL (coord.) *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, Akal, 2003, pp. 125-141.

⁶⁹¹ El etnocentrismo consiste en la actitud que sobrevalora nuestra cultura propia e infravalora la ajena, la distinta, la diferente. Para ampliar sobre esta temática puede consultarse AGUILERA, PORTALES, R., "El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss", en *Gaceta de Antropología*, Universidad de Granada, nº 18, 2002.

⁶⁹² LYOTARD, Jean-Francois, *La condición postmoderna*. Madrid. Cátedra, 1984.

postilustrados y postmodernos. La versión postmoderna de este debate se debe quizás a Jean Francois Lyotard. El disenso, la activación de las diferencias, los islotes culturales sin comunicación mutua y la diversidad cultural son los elementos definidores de la actual situación. Las ideas de diálogo o comunicación intercultural pertenecen al universo y discurso moderno de las que deberíamos desprendernos. Según Lyotard no existe metalenguaje (Habermas)⁶⁹³, ni ningún consenso superpuesto (Rawls), ni ningún mínimo común denominador entre las diversas culturas (Michael Walzer)⁶⁹⁴.

Ante esta situación surgen muchos interrogantes como ¿es la homogeneización tan negativa como creemos?, ¿a quién no le gustaría que el respeto a los derechos humanos no fuera más homogéneo?, por ejemplo, ¿son las diferencias culturales siempre buenas, legítimas y dignas de respeto? ¿Cómo podemos conservar la diversidad cultural sin que esto no disminuya la capacidad de encuentro intercultural? Sin duda, el mundo está perdiendo diversidad cultural. Los procesos de globalización tecnológica han favorecido a la implantación de una monocultura a escala planetaria. Hannerz lo demuestra que en última instancia la cultura se genera y articula siempre sobre la base de experiencias personales que se producen en el ámbito de lo local, y como la localidad y familiaridad siempre está ganando la partida a lo global y extraño, pues lo global sólo puede penetrar en lo local si se reduce a algo familiar y comprensible. La polémica entre la homogenización y la diversidad cultural, entre quienes afirman, por un lado que el mundo se macdonaliza (homogeneización cultural) y los que por el contrario aseguran una balcanización y fragmentación galopante (relativismo cultural) constituye una polémica banal que debemos superar. "Las personas pueden parecerse en algunos aspectos y ser diferentes en otros, y lo que hace falta en el ecúmene global es más bien un estudio teórico de dos cosas que ocurren a la vez: la apertura y la variación"⁶⁹⁵.

Los padres de la antropología contemporánea comenzaron hablando de lo global y lo local, insistiendo en la doble naturaleza del concepto de cultura: por un lado, lo universal que nos une a todos y, por otro, el conjunto de peculiaridades específicas que nos separa (la cultura de los esquimales, los

⁶⁹³ HABERMAS, J., Teoría de la acción comunicativa. Taurus, Madrid, 1983.

⁶⁹⁴ WALZER, M. Esferas de la justicia, México, F.C.E., 1993.

⁶⁹⁵ HANNERZ, Conexiones transnacionales. Cultura, personas, lugares, Cátedra, Madrid, 1998, p. 59.

mexicas, tarahumaras...) Lo paradójico es que si bien todos los antropólogos suscriben en la teoría la dualidad de acepciones, en la práctica solo tienen dos alternativas: o insistir en lo común de la cultura humana o insistir en la diversidad de las culturas humanas. En la primera opción, Insistir en la multiplicidad de las culturas incomoda no solo conceptual, sino también éticamente, porque los acerca a la posición de relativismo cultural. En este sentido, Hannerz prefiere la idea del mundo continuo que, según él, nos puede comprometer con los demás para alcanzar una comprensión mutua.

Hannerz no quiere insistir en las culturas desde su especificidad sino en lo elementos de la cultura que nos unen y nos permite dialogar en la ecúmene global.⁶⁹⁶ Como lo concibe Hannerz, este fondo se compone esencialmente de cultura híbrida, continua y mestiza. Sólo que no es exactamente mestiza, sino más bien criolla. Lo que pretende es, sencillamente, darnos a entender que vamos hacia un mundo donde cada vez hay más mezcla, contagio y mestizaje cultural. El futuro del proceso de globalización nos conduce hacia un multiculturalismo amplio, necesario y reconocido.

Estos pensadores cuestionan y ponen en entredicho la pretendida universalidad moral y jurídica al afirmar que los derechos humanos, formulados en las normas internacionales vigentes, han surgido de una tradición liberal occidental y constituyen un instrumento de dominación e imperialismo cultural occidental dentro del actual orden político internacional. En esta última década, se vienen produciendo distintas Declaraciones y Conferencias recientes de países africanos y asiáticos (Túnez en 1992, Bangkok en 1993, o la Conferencia Islámica del mismo año). Estas Conferencias sin dejar de admitir la universalidad de los derechos de la Declaración, la contextualizar en las tradiciones y valores culturales de cada pueblo, lo que en la Declaración de El Cairo de 1990 suscrita por 51 Estados había significado que los derechos humanos se reconocen sólo en cuanto sometidos a la ley islámica. La universalidad de los derechos se subordinaba así a una particularidad religiosa.

1.1 EL DERECHO COLECTIVO A LA PROPIA CULTURAL COMO DERECHO DIFERENCIAL

⁶⁹⁶ RORTY, Richard, "Intellectuals in politics", Dissent. Autumn, 1991, Batallas éticas (con T. Abraham y A. Badiou). Buenos Aires, Nueva Visión; Pragmatismo y política. Barcelona, Paidós, 1998.

El derecho a la propia cultura consistiría, pues, en el derecho a preservar una determinada identidad cultural con sus señas de identificación, como costumbres, festividades, vestimenta, usos, normas especiales de educación, etc. La dimensión social y comunitaria del derecho a la cultura dificulta su caracterización como derecho subjetivo e individual, según el modelo reductivo de los derechos en la tradición liberal occidental. Una gran mayoría de pensadores sostiene que la idea de derechos colectivos o de grupo es incompatible con la tradición liberal. Según estos autores, la actitud del Estado liberal frente a los grupos etnoculturales debería ser una posición de neutralidad. Un Estado neutral no debería apoyar ni fortalecer la pertenencia a grupos etnoculturales, sino tratar de asegurar que sus ciudadanos no son objeto de discriminación racial, étnica o política, es decir, defender el reparto igual de los derechos individuales a todos los ciudadanos. En este sentido, Michael Walter, por ejemplo, mantiene que el liberalismo implica un “claro divorcio entre Estado y etnicidad”. Sin embargo, esta supuesta neutralidad etnocultural del Estado liberal es un mito y una falacia, pues el Estado-nación promueve una determinada “cultura societaria”, es decir, un determinado conjunto de tradiciones, costumbres, convenciones, incluso una determinada lengua. Un ejemplo claro de este tipo de integración sociopolítica lo podemos ver en nuestro vecino Estados Unidos que siendo un país multicultural ha promovido una determinada cultura societaria, es decir, una determinada lengua, cultura, símbolos, tradiciones...

Un aspecto de especial relevancia y significación del derecho a la propia cultura es el derecho a la propia lengua, particularmente decisivo en el caso específico de las minorías lingüísticas en el seno de un Estado democrático de derecho. El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en su artículo 5 establece: “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”⁶⁹⁷.

El problema no es la igualdad de derechos sino el derecho a la diferencia dentro de la homogeneidad cultural mayoritaria dentro de una sociedad. El

⁶⁹⁷ El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Vinculación a México 5 de Septiembre de 1990.

problema que se nos plantea, por tanto, es ¿cómo hacer viable ese derecho en una sociedad multicultural?, ¿cómo compaginar la diversidad cultural con un ordenamiento jurídico común que reconozca y contemple estas diferencias? En definitiva ¿cómo conciliar estos derechos colectivos y diferenciales con una cierta cohesión política y jurídica en el marco de un Estado nacional?

En América Latina se pone de manifiesto como existe una fuerte confrontación o disfunción entre las legislaciones nacionales y las prácticas culturales en el caso de muchos pueblos indígenas aún no reconocidos plenamente. En las últimas décadas, las Constituciones políticas de los diversos Estados Americanos han tratado de reconocer la enorme diversidad de estos pueblos dentro del marco del Estado nacional; pero pese a su reconocimiento formal y legal todavía faltan políticas culturales de integración efectivas.⁶⁹⁸

Indudablemente, el reconocimiento que realizan las Constituciones Políticas latinoamericanas del derecho a la propio cultura es un elemento de especial relevancia para la protección y reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas como el derecho a la autodeterminación en ciertos asuntos propios e internos; pero es urgente iniciar y facilitar otras formas y prácticas de integración político-jurídica, participación democrática y, sobre todo, integración socio-económica debido a su larga marginación histórica.⁶⁹⁹

El artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos expone: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

⁶⁹⁸ La Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos proclama en el art. 2: “La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, DOF 05/02/1917, última reforma aplicada DOF 29/010/2003.

⁶⁹⁹ BURGUETE Cal y Mayor, RUIZ HERNÁNDEZ, M. “Hacia un Carta Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, Vid. Derechos Indígenas en la Actualidad, IIJ-UNAM, México, 1994.

Y el art. 2.1. del Pacto Internacional expresa: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.⁷⁰⁰

Por su parte, el artículo 4, penúltimo párrafo de la CPEUM, establece el derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. Para lograr este propósito, el Estado debe promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.

Pero, conviene detenernos a precisar y aclarar el concepto de cultura para eludir posibles equívocos y confusiones y poder desarrollar, posteriormente, con propiedad del derecho a la cultura como un derecho fundamental. Por el término cultura podemos señalar dos usos de la palabra: uno, muy genérico y amplio, que entendien de cultura como “perfeccionamiento en virtud del cual el hombre se humaniza”. Esta concepción está presente en la *paideia* griega y la *humanitas* latina.

La palabra cultura⁷⁰¹ deriva del verbo latino *colere* que significa cultivar. Una forma de este verbo es *cultum* que en latín significa agricultura. El adjetivo *cultus* se refiere a la propiedad que tiene un campo de estar cultivado. Originariamente pues, cultura quería decir cultivado, agricultura y con el tiempo comenzó a compararse al espíritu de una persona ruda con un campo sin cultivar, y su educación con el cultivo de ese campo. Esta metáfora dio pie a hablar del cultivo del alma o cultivo de las aptitudes propias del ser humano. En este sentido hablar de un ser cultivado nos lleva a pensar en alguien que ha sido instruido o educado, en una persona culta.

⁷⁰⁰ Vid. Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966. Véase CARRION RODRIGUEZ, Alejandro J., “El derecho internacional a la hora de la globalización” en OLIET PALÁ (comp.) *Globalización, Estado y Democracia*, Servicio publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2003; CARRILLO, Salcedo, J. A., “Dignidad frente a barbarie” en *La declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

⁷⁰¹ Cfr. CLIFFORD, Geertz, *Tras los hechos. Dos paisajes, cuatro décadas y un antropólogo*, Paidós, Barcelona, 1996.

Un segundo significado, que se ha transmitido desde el siglo XVIII el concepto de cultura viene a significar también, sobre todo a partir de la Ilustración, el fruto de esa formación y perfeccionamiento del hombre: designa el conjunto de costumbres, instituciones, conocimientos, técnicas, prácticas religiosas y valores éticos propios de una sociedad o de un periodo histórico determinado.

Por eso, si hablamos de multiculturalidad es porque, de hecho, constituye un desafío serio y consciente para facilitar una mayor integración social y política en nuestras sociedades. Frecuentemente, el rechazado rápido y violento de personas diferentes a nosotros es una respuesta demasiado común, pero sumamente peligrosa. Indudablemente, la convivencia social y política de distintas culturas y personas en una sociedad no es algo fácil.

En muchas ocasiones, nos dirigimos hacia todo lo opuesto a la “sociedad abierta”⁷⁰², que en su momento predicó Popper, como antídoto de las sociedades comunistas y totalitarias. La sociedad abierta, plural y democrática no ha sabido reconocer pacíficamente a todo el mundo. Paradójicamente, los países más desarrollados, allí donde la democracia moderna se ha consolidado con mayor solidez –Estados Unidos y Europa- son enormemente sensibles a este tipo de movimientos intolerantes o fundamentalistas pues la problemática de integración es fundamental y decisiva para preservar sus modelos de vida. El caso es que la intolerancia no va solo del poderoso al débil, sino que se hace recíproca entre las comunidades culturales que conviven entre sí. Pensemos en el ejemplo EE.UU., país eminentemente multicultural que sigue teniendo pendiente la asignatura de una verdadera política intercultural o integración.

El liberalismo político realiza una defensa radical de las libertades individuales ante la intromisión o injerencia ilegítima del Estado. El liberalismo como teoría política posibilita un marco político y jurídico de respeto y reconocimiento amplio de los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos en un Estado democrático. Un valor fundamental del liberalismo es el pluralismo ideológico, político, religioso y cultural. En este aspecto, el liberalismo político constituye un código moral, político y jurídico sumamente eficaz

⁷⁰² POPPER, K. R., *The Open Society and its Enemies*. Londres Roithledge and Kega Paul, 1945; POPPER, K. O., *En busca de un mundo mejor*, BARCELONA, Piados, 1994.

donde asentar los cimientos para desarrollar una sociedad intercultural y multicultural⁷⁰³.

El problema fundamental hoy es que “la cultura, los valores culturales sin más, no se miden de hecho, desde patrones éticos, sino desde cánones de la cultura de masas⁷⁰⁴, como es la cultura de los países ricos, industrializados y desarrollados, orientados al crecimiento. Nuestros universales no son los de la ética.”⁷⁰⁵ El problema ético y jurídico de la diversidad cultural ha de ser confrontado con la tesis de la homogeneidad cultural, una cultura cada vez más compartida por todos, ante la cual es preciso analizar el proceso de homogeneización cultural en el que estamos inmersos.

2. POLÍTICAS DEL MULTICULTURALISMO Y DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Muchos Estados democráticos occidentales han abandonado históricamente las actitudes de rechazo y políticas públicas de asimilación. La nueva perspectiva del multiculturalismo ha hecho que se hayan ido incrementando un amplio espectro de políticas multiculturales no sólo hacia las comunidades indígenas, sino para los inmigrantes, el reconocimiento de los derechos lingüísticos de las minorías nacionales, así como el reconocimiento de ciertas formas de autogobierno y derechos territoriales.

2.1 POLÍTICAS MULTICULTURALES HACIA LOS INMIGRANTES

En el pasado, sabemos que ha existido una tendencia asimilacionista de los grupos de inmigrantes; pero esta política pública y estatal está siendo

⁷⁰³ SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

⁷⁰⁴ El afán imperialista de absorber culturas menores o minoritarias existe y ha existido. Pero hoy nos hallamos ante otro fenómeno cuyo alcance minimiza los posibles efectos del primero. La cultura moderna se ha hecho cultura de masas. Y la masificación- tan denostada hace ya un siglo por STUART MILL, SIMMEL u ORTEGA Y GASSET- es menos mala si no acaba por engullirlo todo en sus patrones. Conviene, pues, ver cuáles son los peligros fundamentales de la cultura de masas a fin de salvar no sólo las diversidades, sino la cultura como tal, de su tendencia a engullirlo todo. Véase STUART MILL, J. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p.85.

⁷⁰⁵ CAMPS, Victoria, “El derecho a la diferencia” en OLIVÉ León, *Ética y diversidad cultural*, México, F.C.E., 2002. Vid. VILLORO, L., *Estado plural. Diversidad de culturas*, México, Paidós, 1998; Escámez Navas, Sebastián, “La razón ocultó la cara del pluralismo del pensar político” en VOLUBILIS (Revista de pensamiento U.N.E.D.), n° 12, pp. 90-102.

modificada por una visión más multicultural e intercultural⁷⁰⁶. La política asimilacionista consistía en que los inmigrantes fueran cambiando sus hábitos de vida, culturas, costumbres, vestimentas, lengua, por la sociedad recepcionista o mayoritaria preexistente. No obstante desde finales de los años sesenta, hemos presenciado cambios importantes con respecto a esta visión claramente etnocentrista y reduccionista. En un primer momento, se adoptó la perspectiva neutral⁷⁰⁷ en términos raciales, de forma que los inmigrantes pudieran ser tratados de forma igualitaria con respecto a los nativos de origen, pero sin expresar su identidad cultural, en un segundo momento, se adoptó la política multicultural de la integración de la inmigración a partir de la cual la cultura receptora espera que los inmigrantes expresen, visible y orgullosamente su cultura de origen y se espera que las instituciones públicas (policía, escuelas, hospitales, medios de comunicación...) puedan acomodarse a estas identidades étnicas no sólo a través de su reconocimiento sino su protección, promoción y desarrollo.

2.2 POLÍTICAS MULTICULTURALES HACIA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En un pasado, casi todos los países adoptaron políticas cuyo objetivo principal consistía en la desaparición de comunidades indígenas o la asimilación de las mismas por la cultura mayoritaria del Estado. En este sentido, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras naturales, se restringió la práctica de su cultura, lengua y religión tradicionales, y se debilitó notablemente sus instituciones de autogobierno e impartición de justicia. En este sentido, se ha ido produciendo un cambio o giro copernicano en la formulación de dichas políticas públicas. Se ha ido aceptando la idea de que los pueblos indígenas van a existir en un futuro como sociedades distintas y específicas en el seno de un determinado Estado, con ciertos derechos territoriales, culturales y de autogobierno como derechos colectivos específicos y necesarios para su integración real y efectiva. En este sentido, Will Kymlicka y Keith Banting proponen nueve políticas como aproximación a

⁷⁰⁶ El auténtico diálogo intercultural no es una posición de mero sincretismo, es decir, limitarse a yuxtaponer elementos distintos de culturas diferentes de un modo ecléctico arbitrario e indiferente. La posición intercultural requiere de un enorme esfuerzo de comunicación, diálogo, comprensión y encuentro.

⁷⁰⁷ Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss", en Gaceta de Antropología, Universidad de Granada, 2002, n°18, pp. 35-65.

un tratamiento político y jurídico de reconocimiento e integración de estas comunidades naturales:

1. Reconocimiento de derechos y títulos territoriales.
2. Reconocimiento de derechos de autogobierno
3. Defensa histórica de tratados y suscripción de nuevos tratados.
4. Reconocimiento de derechos culturales (lenguaje, caza-pesca)
5. Reconocimiento del derecho consuetudinario
6. Garantía de representación-consulta en el gobierno central.
7. Declaración constitucional o legislativa en el gobierno central
8. Apoyo y ramificación de los instrumentos internacionales sobre derechos indígenas
9. Acción afirmativa.

México es un mosaico rico y plural de tradiciones, donde lograron fusionarse la cultura europea y las antiguas civilizaciones indígenas que lo habitaban desde sus inicios. Actualmente la población autóctona que habita en nuestro país representa un poco más del 9% de la población total.⁷⁰⁸ Lo anterior, lo precisamos debido a que las comunidades indígenas son las únicas a las que la Constitución les reconoce sus usos y costumbres como forma de autodeterminación para la solución de conflictos, autogobierno y formas de convivencia social, política y cultural, como una forma de combatir al rezago y marginación que han sufrido por siglos como consecuencia de la falta de políticas públicas integrales que dinamicen y hagan efectivos sus Derechos Fundamentales.

Los derechos indígenas quedan englobados en este contexto de medidas de acción positiva y una concepción amplia de igualdad (material), relacionada con su contenido, material.⁷⁰⁹ Sin duda alguna, el tema de los derechos colectivos resulta bastante controversial y complejo.⁷¹⁰ Inclusive, desde una postura individualista y excesivamente liberal, algunos autores han negado la

⁷⁰⁸ Navarrete Linares, Federico, Los pueblos indígenas de México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008, p. 9.

⁷⁰⁹ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008, (1ª reimp. De la 2ª ed.), p. 352.

⁷¹⁰ López Calera, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos? (Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos), Ariel, Barcelona, 2000. López Calera, Nicolás, "El concepto de derechos colectivos", en Isotimia (Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica), Porrúa, UANL-EGAP, México, 2009, pp. 27-56.

existencia de esta clase de derechos. Sus principales críticas han sido que los artículos referentes a la colectividad representan únicamente una declaración de principios y no de "derechos", argumentando que si estos artículos existieran, entonces expresan sólo principios y a lo más un derecho que sólo puede ser acordado por los Estados, pero no ejercido por una colectividad sin intervención estatal.⁷¹¹

Las definiciones que se han dado sobre los derechos colectivos resultan ser numerosas, pues esto va a depender directamente del modelo de ciudadanía diferenciada en función del grupo.⁷¹² No obstante, existe un rasgo definitorio y común: los derechos colectivos no son derechos individuales. Según el profesor Will Kymlicka, la interpretación del término, los derechos colectivos se refieren a "los derechos acordados a y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos de- y quizá conflictivos con- los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad."⁷¹³

Sobre este punto, se han planteado una serie de problemas para cuestionar la estructura misma del concepto de derechos colectivos, en torno a la titularidad (una cuestión ontológico-antropológica), la posibilidad de ejercicio del derecho colectivo (una cuestión jurídico-política), y, la necesidad humana fundamental de los derechos colectivos (una cuestión estrictamente ontológica).⁷¹⁴ En este sentido, la existencia de los derechos colectivos se centra en determinar de quienes son sus titulares. Los titulares de estos derechos son grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, personas morales, personas jurídicas, etc. esto es, asociaciones de individuos y, en definitiva, de intereses individuales.⁷¹⁵ La doctrina es unánime en la existencia de tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo, tal y como lo hace la CPEUM, en su artículo 2.⁷¹⁶

⁷¹¹ *Ibíd.*, pp. 38-39.

⁷¹² Vid. Aguilera Portales, Rafael, "El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre comunitaristas y liberales" en *Anuario de Derecho Universidad de Alcalá de Henares*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, año 2006, pp. 6-44.

⁷¹³ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural (Una teoría liberal de los derechos de las minorías)*, (trad. de Carme Castells Auleda), Paidós, Barcelona, 1996, p. 71.

⁷¹⁴ López Calera, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos?, *op. cit.*, p. 116.

⁷¹⁵ López Calera, Nicolás, "El concepto de derechos colectivos", *op. cit.*, pp. 43-44.

⁷¹⁶ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural (Una teoría liberal de los derechos de las minorías)*, (trad. de Carme Castells Auleda), Paidós, Barcelona, 1996, pp. 46-55.

1. derechos de autogobierno; estas reivindicaciones suelen adoptar la forma de competencias a una unidad política básicamente controlada por los miembros de la minoría nacional.⁷¹⁷
2. derechos poliétnicos; tienen por objetivo “ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante.”
3. derechos especiales de representación; es decir, que la minoría nacional tenga garantizada la representación en todo aquel organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias de autogobierno.

En nuestro país, la incorporación de estos tres tipos de derechos diferenciados fue incluida 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 segundo de nuestra Constitución 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.

El fin de los Estados-nación sugiere la necesidad de una política pública en materia de derechos humanos, así como el establecimiento de una jurisdicción con perspectiva de favorecimiento hacia los derechos de las minorías, como son los indígenas, la cual debe ajustarse a las necesidades de este grupo minoritario y socialmente excluido. El profesor canadiense ha señalado con gran precisión que ante la oleada y el fuerte impacto de la globalización y la hegemonía del capital y los efectos económicos, políticos y sociales que esta ocasiona, las minorías culturales se pudieran encontrar en la disyuntiva de elegir entre tres opciones:⁷¹⁸

- a) aceptar la integración en la cultura mayoritaria, aunque quizá tratando de renegociar los términos de la integración;
- b) tratar de obtener los tipos de derechos y de poderes de autogobierno que se necesitan para mantener su propia cultura societal por ejemplo para crear en su propia lengua sus propias instituciones económicas, políticas y educativas-, es decir, embarcarse en su propia forma de construcción nacional recurrente;
- c) aceptar su marginación permanente.

⁷¹⁷ Este ha sido reconocido en la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), SUP-JDC-9167/2011.

⁷¹⁸ Kymlicka, Will, “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías” en *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, (trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar), Paidós, Barcelona, 2003, p. 43.

En este sentido, las medidas de acción positiva que pueda tomar el Estado para compensar este tipo de desigualdades, resultan ser de gran importancia, con el objeto de aminorar las situaciones de desventaja en las que se encuentran. Cabe advertir que la pertenencia a un colectivo indígena, no implica bajo ninguna circunstancia, un estatus privilegiado, recordemos las desventajas (sociológicas e históricas) a las que se han encontrado sometidos a lo largo de siglos. Por ende, el que este sector goce de derechos específicos en el marco de un debido proceso, no implica entonces la violación al principio de igualdad, sino la comprensión de las circunstancias culturales, sociales, históricas y políticas en las que ellos se encuentran inmersos. Tal y como afirman los expertos, el autogobierno de las minorías nacionales no debe percibirse como una amenaza para los Estados, “sino como condición previa para su estabilidad a largo plazo”,⁷¹⁹ tal y como lo ha establecido el PJF, al determinar que este derecho no es absoluto, sino que debe ser ejercido en el marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, conforme a los preceptos 40, 41 de la Constitución Federal.⁷²⁰

2.3 MARCO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

El reconocimiento de los derechos indígenas se encuentra contenido en la CPEUM (Art. 2), y en el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 25 de septiembre de 1990, así como en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, existen otros instrumentos, que reconocen la diversidad cultural, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Como instrumentos interpretativos de éstos, se encuentran los informes de la Relatoría Especial sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

⁷¹⁹ Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, UNAM-IIJ, México, 2001, pp. 96-97.

⁷²⁰ DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. SU LÍMITE CONSTITUCIONAL. Registro No. 165 288; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 114. 1a. XVI/2010.

A nivel interno, el legislador ha contemplado igualmente, derechos diferenciados y prohibiciones de discriminación, en la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la Ley General de Educación, la Ley General de Salud, la Ley de Planeación y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Uno de los principales derechos contenidos en los Tratados, la CPEUM y leyes internas, es el de preservación de la identidad cultural con sus señas de identificación, como costumbres, festividades, vestimenta, usos, normas especiales, de educación, etc. Sin embargo, existe un problema.

En el plano internacional la CIDH ha establecido que a pesar de que una comunidad pueda definirse como una comunidad tribal y no indígena, ya que sus características sociales, culturales y económicas sean distintas de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Incluso, la CIDH ha determinado que, a pesar de que algunos miembros puedan vivir fuera del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres de su Pueblo, esto no afectaba “la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”. Cuestión que debía ser resuelta únicamente por el propio pueblo, de conformidad con sus propias costumbres y no al Estado.⁷²¹ De acuerdo a esto, el artículo 5 de la DDPI establece que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

El concepto de persona indígena en el orden jurídico mexicano ha suscitado una gran controversia, ya que, cuando existe sospecha fundada en el órgano ministerial o en el juzgador de que una persona pertenece a una comunidad indígena, el juzgador se encuentra obligado a solicitar de oficio, una evaluación sustantiva de la persona, a fin de ponderar una serie de elementos: i) constancia de una autoridad comunitaria; ii) una prueba pericial antropológica;⁷²² iii) testimonios; iv) criterios etnolingüísticos; y/o v) cualquier

⁷²¹ CIDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, Pár. 79-84.

⁷²² VV. AA. Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con el apoyo de: Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo-Agencia Danesa de Cooperación Internacional Real

otro medio que permita acreditar la pertenencia , arraigo, identidad o sentamiento físico a la comunidad indígena.⁷²³

Es decir, para determinar la conciencia de su identidad indígena, deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Al no existir previsiones específicas que regulen el modo en que debe manifestarse esta conciencia, será indígena y sujeto de los derechos motivo de la reforma constitucional, aquella persona que se autoadscribe y autoreconozca como indígena, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas. La apreciación de si existe o no una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones, y debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados.⁷²⁴

En el marco del debido proceso y el acceso a la jurisdicción del Estado mexicano, la fracción VIII, del artículo 2, de la CPEUM, establece: “en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

Para lograr lo anterior, con el fin de garantizar el acceso pleno a la jurisdicción del Estado mexicano, el juzgador se encuentra obligado a indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera. Siguiendo con ello, deberá igualmente, tomar en cuenta las diferentes normas de fuente estatal aplicable tanto generales como específicas que puedan existir en la comunidad cultural

Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, Red de Atención a Pueblos Indígenas (RAPI), San José, Costa Rica, 2010.

⁷²³ Primera Sala: Amparos Directos 1/2012, 17/2012, 38/2012 y 51/2012.

⁷²⁴ PERSONAS INDÍGENAS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. AUTOADSCRIPCIÓN. Registro No. 165 718; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 291. 1a. CCXII/2009.

en la que se desenvuelve el inculcado.⁷²⁵ Al respecto, cabe destacar la existencia en la normativa mexicana, sobre los dictámenes antropológicos, de acuerdo al numeral 220 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece lo siguiente:

Cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.

En los procedimientos en los que intervengan personas que aleguen tener la calidad de indígenas, la misma se acreditará con la sola manifestación de quien la haga. Cuando el juez tenga duda de ella o fuere cuestionada en juicio, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad. La SCJN ha establecido un conjunto de derechos específicos, que deben encontrarse en cualquier proceso donde se encuentre involucrado un indígena.

... en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales; ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura para comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales; cumplir sentencias en los centros de readaptación más cercanos a sus comunidades; cuando se les impongan sanciones penales, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento; iniciar procedimientos legales, sea personalmente o por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de sus derechos; ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes en igualdad de condiciones.⁷²⁶

El solo hecho de ser considerado indígena no los excluye de la responsabilidad penal en determinado proceso, sino que obliga al juzgador a

⁷²⁵ PERSONAS INDÍGENAS. ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS DE QUE SEAN PARTE, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN TOMAR EN CUENTA TANTO LAS NORMAS DE FUENTE ESTATAL APLICABLES COMO SUS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES. Registro No. 165 720; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 290. 1a. CCXI/2009.

⁷²⁶ INDÍGENAS. DERECHOS MÍNIMOS QUE LES ASISTEN EN EL JUICIO. Registro No. 165 978; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 408. 1a. CXCVII/2009.

indagar las especificidades de la comunidad en la que se desenvuelve la persona, con el objeto de determinar cuáles son los hechos y circunstancias que habrían podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera.⁷²⁷ Igualmente, en el marco del debido proceso y con el objeto de satisfacer enteramente el acceso pleno a la jurisdicción, se debe proporcionar a las personas indígenas sometidas a algún proceso penal, un intérprete. Este derecho fundamental, ha sostenido el PJF, no es exclusivo de indígenas monolingües, tal y como lo establece el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT, así como el 8.2 de la CADH y el 14.3.3 del PIDCP. Al respecto, el PJF ha retomado esta postura garantista, ampliando el abanico de protección no solamente a las personas monolingües, debido a que definir lo indígena, a partir del criterio de la competencia monolingüe, es incompatible con la garantía de derechos constitucionales y pertenecientes a políticas asimilacionistas tradicionales.

A nivel individual, ello implicaría condenar a las personas indígenas a la desventaja que la totalidad de las previsiones del artículo 2o. constitucional está centralmente destinada a erradicar, mientras que a nivel colectivo, dejaría sin ámbito de aplicación a todas las disposiciones que se refieren a comunidades y pueblos indígenas (que no son monolingües) y convertiría el artículo 2o. en un mero ejercicio expresivo, sin potencial jurídico transformativo real.⁷²⁸ Situación anterior que se complementa en el numeral 9, de la Ley General de Derechos Lingüísticos, así como en el 124-bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar la garantía del intérprete y traductor tanto a extranjeros como indígenas que no entiendan correctamente el castellano. En lo tocante al derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales, esto se consagra en el artículo 27, fracción VII, de la CPEUM. Este mismo precepto se amplía, de acuerdo a la visión del Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 16 y 17, así como las interpretaciones que la

⁷²⁷ PERSONAS INDÍGENAS. ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS DE QUE SEAN PARTE, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN TOMAR EN CUENTA TANTO LAS NORMAS DE FUENTE ESTATAL APLICABLES COMO SUS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES; Registro No. 165 720; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 290. 1a. CCXI/2009.

⁷²⁸ PERSONAS INDÍGENAS BILINGÜES O MULTILINGÜES. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registro No. 165 717; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 293. 1a. CCVIII/2009.

CIDH ha realizado al respecto,⁷²⁹ en base a la interpretación de precepto 21 de la CADH, como condición para la realización de los demás derechos, como dignidad humana, libertad de culto y de conciencia, alimentación, agua, libertad de tránsito, entre otros.

Al respecto, la SCJN ha señalado que los ejidos y comunidades agrarias, al ser formas internas de organización, entre otras, social y económica, también lo es que al decidir por el ejido o por la comunidad de bienes comunales, deben atender a lo que la Ley Fundamental señala en cuanto a su organización y funcionamiento. Por lo que “la organización y funcionamiento de la asamblea general, como la elección del comisariado, son actividades que no forman parte del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, ya que el referido precepto constitucional establece respecto de aquéllas una reserva legal, la cual debe atenderse, pues de lo contrario se correría el riesgo de quebrantar la unidad nacional, límite de aquel derecho.”⁷³⁰ Por su parte, la CIDH la obligación general de garantía del Estado debe asegurar los trámites para que los procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos puedan dar respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.⁷³¹

ACTIVIDADES DEL CAPÍTULO IX

La pobreza multidimensional en México

⁷²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146; Caso Comunidad indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125; Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, No. 11; Caso Xákmok Kasek vs. Paraguay. Sentencia de 2010.

⁷³⁰ EJIDOS Y COMUNIDADES AGRARIAS. AL CONSTITUIR FORMAS DE ORGANIZACIÓN INTERNA ESTABLECIDAS CONSTITUCIONALMENTE, EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA GENERAL, ASÍ COMO LA ELECCIÓN DEL COMISARIADO, SON ACTIVIDADES QUE NO FORMAN PARTE DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. Registro No. 165 270; [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 115. 1a. XVII/2010.

⁷³¹ SCIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

México, en 2010, 46.2% de la población total son personas pobres multidimensionales.

En 2010, de los 39.7 millones de niños y adolescentes, 53.8% (21.4 millones) se encontraban en pobreza multidimensional.

En 2010, 3.5 millones de adultos mayores se encontraban en pobreza multidimensional.

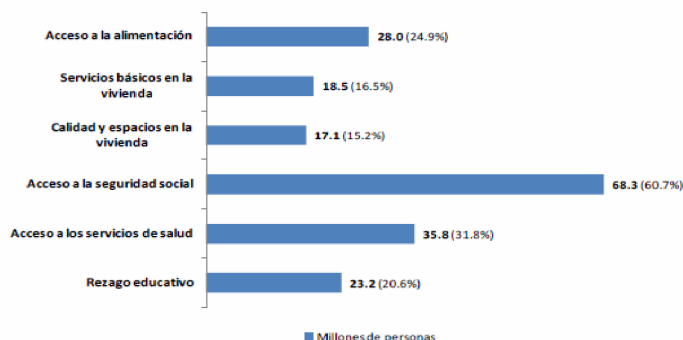
Ocho de cada diez personas hablantes de lengua indígena es pobre multidimensional en 2010.

Incidencia, número de personas y carencias promedio en los indicadores de pobreza, 2010

Indicadores de incidencia	Porcentaje	Millones de personas	Carencias promedio
Población en situación de pobreza	46.2	52.0	2.5
Población en situación de pobreza moderada	35.8	40.3	2.1
Población en situación de pobreza extrema	10.4	11.7	3.7
Población vulnerable por carencias sociales	28.7	32.3	1.9
Población vulnerable por ingresos	5.8	6.5	0.0
Población no pobre y no vulnerable	19.3	21.8	0.0

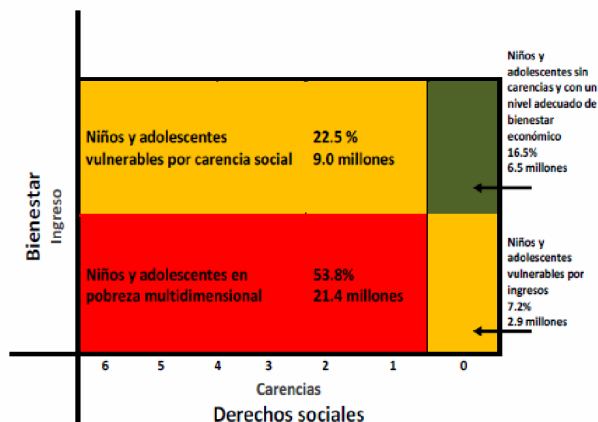
Fuente: INEGI, MCS-ENIGH 2010, con base en la metodología del CONEVAL sobre el cálculo multidimensional de la pobreza en México 2010.

Total de población por tipo de carencia social, 2010



Fuente: INEGI, MCS-ENIGH 2010, con base en la metodología del CONEVAL sobre el cálculo multidimensional de la pobreza en México 2010.

Población infantil y adolescente, en pobreza multidimensional 2010



Fuente: INEGI, MCS-ENIGH 2010, con base en la metodología del CONEVAL sobre el cálculo multidimensional de la pobreza en México 2010.

1. En 2012, al inicio del actual sexenio Presidencial, se ha llevado a cabo una estrategia de política pública denominada: Cruzada Nacional contra el Hambre, que busca garantizar la seguridad alimentaria y la nutrición de los 7.4 millones de mexicanos que hoy viven en condición de pobreza extrema, y contribuir al ejercicio pleno de su derecho a la alimentación. Con un carácter multianual, tendrá objetivos de corto, mediano y largo plazo que permitan evaluar logros e identificar oportunidades, y adoptará preceptos de rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad.

Entre sus objetivos se encuentran:

- Cero hambre a partir de una alimentación y nutrición adecuadas de los mexicanos en extrema pobreza y con carencia alimentaria severa.
- Eliminar la desnutrición infantil aguda y mejorar los indicadores de crecimiento de niños y niñas en la primera infancia.
- Aumentar la producción y el ingreso de los campesinos y pequeños productores agrícolas
- Minimizar las pérdidas post-cosecha y de alimentos durante el almacenamiento y transporte, así como en los comercios.

De acuerdo con tu opinión y los elementos expuestos en el presente capítulo, ¿los derechos sociales deben ser satisfechos por el Estado o por los jueces?

2. En dado caso que sea afirmativa o negativa tu respuesta, ¿cuál es la principal justificación?

3. La situación de pobreza en niños ¿viola sus Derechos Fundamentales a una vida digna?

4. ¿Es posible tutelar el derecho a una vida digna y a la alimentación a través de vías judiciales?

ADÉNDUM: LA SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS

Los derechos no pueden ser motivo de suspensión en tiempos de emergencia, solamente las garantías que protegen tales derechos. En este sentido, la CPEUM enuncia una serie de requisitos que debe cumplir el Ejecutivo Federal, en consonancia con el Congreso de la Unión para que esto sea posible. Entre los requisitos como prohibiciones se encuentran.

- La restricción o suspensión debe estar fundada y motivada, debe ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento

los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

- Casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.
- Que lo solicite el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos,
- Que el Titular del Ejecutivo Federal tenga el aval de los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República.
- Requiere de la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido.
- Debe ser en una región determinada y en un periodo limitado.
- Debe tener por objeto hacer frente a una situación específica.
- No debe ser a una persona en especial.
- No puede suspenderse las garantías a los derechos de no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Adicional a lo anterior, se deben cumplir con ciertos requisitos que el derecho internacional exige. El estado de excepción se encuentra regulado en distintos Tratados Internacionales, entre los que se encuentran: Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (Art. 4.1) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (27.1), estableciendo que los Estados partes podrán adoptar disposiciones, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, sexo, idioma, religión u origen social. En este sentido, uno de los principales requisitos en la adopción de medidas en las restricciones o suspensiones impuestas, deben serlo en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación, cuyo fundamento es el principio de proporcionalidad, la cual supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro.

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, 455 pp.

AA. VV., Derechos sociales y ponderación, (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

AGUILERA PORTALES, Rafael, Teoría Política y jurídica (Problemas actuales), Porrúa, México, 2010.

ALEX, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.).

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

BACHOF, Otto, Jueces y Constitución, Civitas, Madrid, 1985.

BERNAL PULIDO, C, 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.

BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, España, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst, Escritos sobre Derechos Fundamentales, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.

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

BURGOA, Ignacio, El juicio de amparo, Porrúa, México, 2006.

CARBONELL, Miguel (ed.), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2008.

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

COMANDUCCI, Paolo, Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo, Fontamara, México, 1999.

COSSÍO, José Ramón, Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Fontamara, México, 2002.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Trotta, Madrid, 2007.

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

DEL REAL ALCALÁ, Alberto, Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.

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

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia), T. 2. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), Interpretación constitucional, T. I y II, Porrúa, México, 2005.

FIORAVANTI, Mauricio, Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones, Trotta, Madrid, 2000.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La interpretación constitucional", en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74.

GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

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.

GIANFORMAGGIO, Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio" en Doxa, no. 4, 1987, pp. 87-117.

GRIMM, Dieter, Constitucionalismo y Derechos Fundamentales, Madrid, Trotta, 2006.

GROSSI, Paolo, La propiedad y las propiedades (Un análisis histórico), (traducción y <<Prólogo para civilistas de Ángel Miguel López y López>>Civitas, Madrid, 1992.

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.

HESSE, Konrad, Derecho constitucional y derecho privado, (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid, 2001.

HART, H. L. A., El concepto de derecho, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, Derechos Fundamentales (Concepto y garantías), Trotta, Madrid, 1999.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo), Porrúa, México, 2003.

- LUCAS VERDÚ, Pablo, El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política, Reus, Madrid, 1985.
- M. CRUZ, Luis, La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo), Comares, Granada, 2005.
- MONTESQUIEU, Del espíritu de las Leyes, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007.
- 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.
- NINO, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos (Un ensayo de fundamentación), (2ª ed. ampliada y revisada), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.
- PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, Introducción a la filosofía del derecho, Debate, Madrid, 1993.
- PECES-BARBA MARTINEZ, 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.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Tecnos, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, Estudios sobre los Derechos Fundamentales, Debate, Madrid, 1990.
- SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza, 1982.
- 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.
- SIECKMANN, Jan-R, El modelo de los principios del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- SIECKMANN, Jan-R (Ed.), La teoría principalista de los Derechos Fundamentales (Estudios sobre la teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy), Marcial Pons, Madrid, 2011.
- TRON PETIT, Jean Claude, Argumentación en el amparo (Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo), Porrúa, México, 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho, Trotta, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1999,

____ Historia y constitución, Trotta, Madrid, 2005.

Currículo de los Autores

Prof. Dr. Rafael Aguilera Portales. Investigador y Coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Autor de más de una docena de libros y más de 50 artículos en revistas especializadas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II).

Rogelio López Sánchez. Profesor Titular de Derechos Fundamentales en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Exbecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Especialista en temas de hermenéutica constitucional y ponderación de derechos.

Coordinadores de la edición

Rafael Aguilera Portales
Rogelio López Sánchez

La primera edición de Derechos Fundamentales se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2014, en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, México.

Esta edición consta de 1,000 ejemplares.

En la formación se utilizó la fuente tipográfica Avenir, diseñada por Adrian Frutiger en 1988, en cuerpo de 9 y 8 puntos.