



El Poder Judicial de la Federación vive hoy en día uno de los procesos de transformación más importantes de su historia, no se trata únicamente de un diseño institucional, sino de un cambio epistemológico significativo en la construcción de nuevos precedentes judiciales. En la actualidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) actúa y asume un papel protagónico en las grandes decisiones políticas, económicas y sociales, en temas bastante sensibles como: aborto, genocidio, fuero militar, retenes militares, límites a la libertad de expresión, entre otros. El Neoconstitucionalismo exige a los operadores de las normas y especialistas reevaluar la concepción material de Constitución, que antiguamente era una simple pieza de museo, donde podían inscribirse cientos de instituciones, pero se carecía de instrumentos efectivos para su vigencia.

La morfología de un Tribunal Constitucional reside en su capacidad creativa para la solución de casos difíciles relacionados con la defensa de los principios y valores constitucionales. Sin embargo, el constitucionalismo semántico que aún perdura en las instituciones judiciales y en algunos sectores de la academia en nuestro país, devalúa gravemente la credibilidad en la Ley Fundamental y la de sus defensores. La presente obra plantea un estado de la cuestión sobre la progresiva adopción de un modelo de hermenéutica y argumentación constitucional para la solución de casos difíciles de Derechos Fundamentales por la SCJN, en su calidad de Tribunal Constitucional, a partir del empleo del método analítico jurisprudencial y de derecho comparado.

Para cumplir con dicho propósito se realiza un estudio analítico de precedentes judiciales del máximo Tribunal mexicano, con base en la doctrina más actual y reciente sobre la teoría de la interpretación y argumentación constitucional. La idea fundamental es contrastar y enriquecer el modelo hermenéutico-argumentativo adoptado en las decisiones de la SCJN, con las decisiones de otros órganos como el Tribunal Constitucional Español, y de esta manera, contribuir en la construcción de la teoría constitucional de los Derechos Fundamentales en México. El lector encontrará en estas páginas una investigación creativa, dinámica y original para el entendimiento de los complejos fenómenos de la argumentación jurídica.

Primera edición



EDITORIAL
PORRÚA

FACULTAD
DE DERECHO
Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE NUEVO LEÓN

EDITORIAL
PORRÚA
MÉXICO

SUPREMA
CORTE
DE JUSTICIA DE
LA NACIÓN

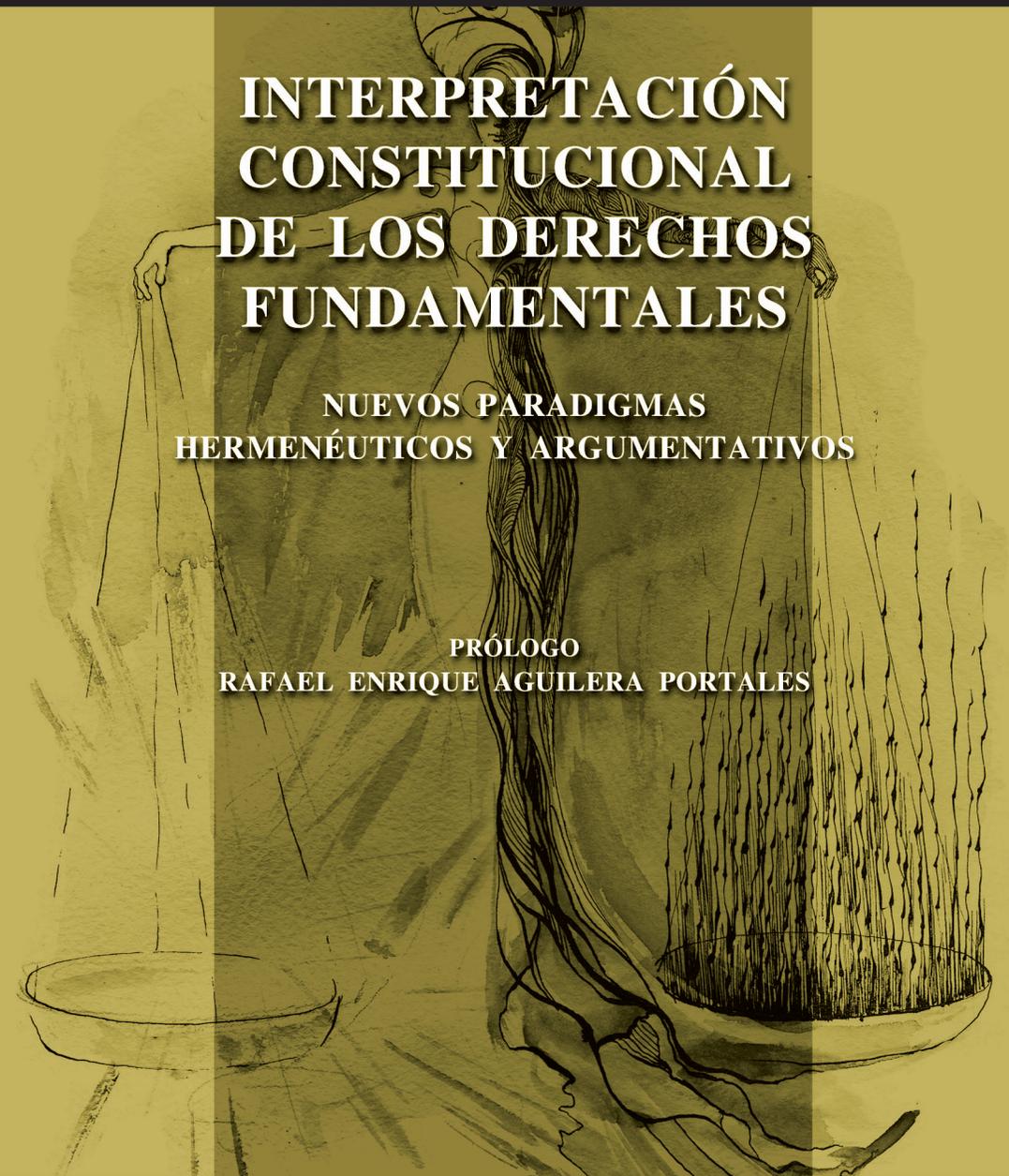


INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

NUEVOS PARADIGMAS
HERMENÉUTICOS Y ARGUMENTATIVOS

PRÓLOGO
RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES



INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

NUEVOS PARADIGMAS HERMENÉUTICOS
Y ARGUMENTATIVOS

Prólogo

RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES



FACULTAD
DE DERECHO
Y CRIMINOLOGÍA



EDITORIAL
P O R R Ú A



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE NUEVO LEÓN

MÉXICO, 2013

Primera edición: 2012

Copyright © 2013
ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV ?
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-1319-8

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO

Cuando el autor de esta obra me pidió prologar su trabajo acepté con gusto por diversas razones, tanto personales como académicas y profesionales. Son muchas las cualidades personales e intelectuales que me han permitido aceptar con agrado y placer dicha invitación. No hace poco más de un lustro que conocí personalmente a Rogelio López Sánchez, por entonces aún era un alumno de licenciatura aplicado, perseverante e inquieto; desde ese momento he sido testigo de su brillante evolución intelectual y académica, igualmente, desde aquel momento, lo invité a participar en nuestro pequeño Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Desde ese entonces hasta ahora, el contexto ha cambiado un poco (quizá más en lo físico). Ahora tenemos un Departamento de Filosofía del Derecho en un Centro de Investigación Jurídica y Criminológica amplio y moderno, que nos permite desarrollar holgadamente los numerosos proyectos académicos y de investigación compartidos por el equipo que integra el Departamento. Indudablemente, los años no han pasado en balde y el Mtro. Rogelio se ha incorporado como profesor de cátedra de la materia de Derechos Fundamentales a nuestra planta docente, igualmente ha sido participe de varios proyectos de investigación de diversas instituciones académicas de Educación superior.

La obra que tengo el honor de prologar constituye un ejemplo del esfuerzo integral e intelectual del autor de su tesis presentada para adquirir el grado de *Maestro en Derecho Procesal Constitucional* por la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Autónoma de Nuevo León, obteniendo mención honorífica, y que ha merecido el patrocinio y el apoyo de la máxima institución judicial del país, en el marco del bicentenario y centenario de su independencia y revolución respectivamente. La *Suprema Corte de Justicia mexicana*, al igual que otros Tribunales Constitucionales del mundo, no ha permanecido incólume al espíritu de apertura y debate académico e intelectual en la consolidación del proceso de transición democrática, dicha consagración resulta hoy en día un proceso irreversible.

No obstante, han sido escasos trabajos en el país a nivel Maestría los que se han desarrollado sobre la Teoría Constitucional de los Derechos Fundamentales. La presente obra constituye un ejemplo vivo del esfuerzo

profesional e intelectual por explicar esta realidad inminente y necesaria: la ruptura formalista y positivista del paradigma de las Garantías Individuales ante el advenimiento del modelo hermenéutico y argumentativo de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo mexicano. Hasta hace poco más de una década, en México, la legitimidad democrática había sido reducida al mercado de la democracia procedimental electoral, sin embargo, dicha concepción ha zanjado nuevos horizontes y, esto, ha permitido ampliar el panorama hacia una legitimidad sustancial, de respeto a los derechos fundamentales como condiciones inherentes del moderno Estado Constitucional.

En consecuencia, no me queda la menor duda que la presente obra contribuirá a la formación de la Teoría Constitucional Contemporánea, tan necesaria en la doctrina mexicana. La importancia del empleo de modelos hermenéuticos y argumentativos para la defensa de los Derechos fundamentales y Libertades públicas, no es sólo una moda académica, representa un cambio epistemológico significativo en la Filosofía del Derecho Contemporánea y que ha sido recepcionado amigablemente en la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales. No se trata tampoco de un mero diseño institucional, sino de una concepción renovada de interés hacia las cuestiones valorativas y axiológicas de nuestra Carta Magna, superando el constitucionalismo semántico propio del siglo pasado.

La superación del formalismo jurídico en Latinoamérica constituye una de las constantes discusiones y debates en la doctrina constitucional. Las figuras como el juicio de amparo, que antes eran baluartes en el derecho comparado, hoy en día han quedado obsoletas e insuficientes para proteger los Derechos Fundamentales. Dicho problema no se reduce únicamente a una cuestión normativa, sino a un cambio conceptual y epistemológico significativo en la creación de una naciente Teoría Constitucional de Derechos Fundamentales que permita al intérprete constitucional llevar a cabo su labor cotidiana.

En la actualidad, las principales decisiones y problemas que inciden económica, política, social y culturalmente en la sociedad son decididas por los Tribunales Constitucionales. Estos órganos jurisdiccionales son puestos a prueba cada vez que se deciden cuestiones tan delicadas y complejas, que dividen a la sociedad entera como los problemas en torno al aborto, al fuero militar, los matrimonios homosexuales, entre otros. No cabe lugar a la especulación, el contexto de justificación de un órgano que resuelve esta clase de conflictos no puede darse el lujo de evadir los problemas éticos y morales que subyacen a estas decisiones, por lo que es necesario emplear la hermenéutica y la argumentación constitucional como herramientas que permitan resolver de manera heurística e individualizada los conflictos.

El lector puede estar seguro que encontrará a lo largo de estas páginas, un estudio riguroso, preciso y crítico sobre un tema de gran relevancia, actualidad y trascendencia para todos los operarios del Derecho constitucional. Advirtiéndolo en lo personal, que esta ha sido la línea de investigación iniciada hace unos años por el Mtro. Rogelio y que pretende ser continuada en sus estudios de Doctorado recién concluidos. Sin lugar a dudas, un trabajo maduro y sistemático que nos permitirá continuar el debate iniciado en la Teoría Constitucional Contemporánea hacia una mayor interdisciplinariedad de la materia.

RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES

Enero de 2013

INTRODUCCIÓN

El trabajo que el lector tiene en sus manos es un proyecto auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco del Concurso Nacional de Proyectos de Tesis: “Los caminos de la justicia en México 1810-1910-2010”, en la categoría de maestría, inscrito en el Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León y su Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, en el Área de Filosofía del Derecho, mediante el cual adquirí el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional en esta misma institución, dicho proyecto fue titulado: “El agotamiento del modelo de las garantías individuales ante el paradigma hermenéutico-argumentativo de derechos fundamentales en el Estado Constitucional mexicano”.

El Poder Judicial de la Federación vive hoy en día uno de los procesos de transformación más importantes de su historia, no se trata únicamente de un diseño institucional, sino de un cambio epistemológico significativo en la construcción de nuevos precedentes judiciales. En la actualidad, la Corte actúa y asume un papel protagónico en las grandes decisiones políticas, económicas y sociales. Los procesos de transición política en México han generado expectativas favorables hacia esta institución como árbitro terminal de esas decisiones. Tal y como advierten los expertos, “el nuevo contexto político impone un nuevo constitucionalismo”,¹ y la exigencia en un Estado Constitucional Democrático implora diseños institucionales para el control del poder político.²

Dicho constitucionalismo renovado, o lo que algunos han denominado, “neoconstitucionalismo”,³ implica en cierto aspecto, reevaluar la con-

¹ PRADO MAILLARD, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, Porrúa, México, 2006, p. 91. *Vid.* GARZA CASTILLO, Mario, “La paradoja interrelación entre régimen democrático y un partido post-hegemónico: el caso del PRI mexicano”, AGUILERA PORTALES, Rafael, *La democracia en el Estado Constitucional (Nuevos enfoques y análisis)*, Editorial Porrúa-UANL, México, 2009, pp. 149-178.

² ENRIQUEZ FUENTES, Gastón, *La revaloración del control parlamentario en México*, UNAM-IJ, México, 2009, p. XXIX.

³ AGUILERA PORTALES, Rafael, BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén Enrique, (coord.), *et al.*, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2010. TORRES ESTRADA, Pedro, (comp.), *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, Limusa, México, 2006.

cepción material de Constitución que antiguamente era una simple pieza de museo, donde podían inscribirse cientos de instituciones, pero se carecía de instrumentos efectivos para su vigencia. Hoy en día, la legitimidad del Estado moderno no depende únicamente de los procesos democráticos de acceso al poder público, sino del carácter axiológico que la democracia moderna⁴ exige a los gobernantes a través de la efectividad de los derechos fundamentales.

La morfología del Tribunal Constitucional reside en su capacidad creativa para la solución de casos difíciles planteados por los poderes del mismo Estado y los asuntos relativos a derechos fundamentales. Para ello, se necesita algo más que un diseño institucional orgánico bien planeado,⁵ y una legitimidad argumentativa suficiente que dote de una axiología flexible a los derechos para lograr su plena concretización.⁶ El constitucionalismo semántico que aún perdura en las instituciones judiciales y en algunos sectores de la academia en nuestro país, devalúa gravemente la credibilidad en la Ley Fundamental y la de los defensores de la misma.

He de confesar que al inicio de esta investigación partí de una hipótesis muy ambiciosa, buscaba demostrar la consagración de un modelo hermenéutico-argumentativo que emplea la Suprema Corte de Justicia para la solución de casos difíciles relacionados con los derechos fundamentales, y de esta forma, probar la inestabilidad del mismo, por medio del análisis de precedentes judiciales que han tenido gran repercusión y relevancia en el Estado Constitucional mexicano.

Sin embargo, durante el desarrollo de la misma, advertí que me encontraba ante distintos esquemas lógico formales, alejados de una posible sistematización, incluso, me atrevería a decir que muchas de las resoluciones aquí analizadas carecen de un modelo claro y preciso de argumentación, cuando se encuentran sistematizadas conforme a la metodología de agravios, tendencia predominante en la mayoría de las resoluciones, y advierto que el trabajo sostiene una opinión optimista sobre la justicia constitucional que se imparte en nuestro máximo Tribunal, a diferencia de estudios similares, los cuales sostienen que la visión de la Corte sigue siendo la de un Tribunal de legalidad.⁷

Por este motivo, decidí que esta modesta investigación tratara de desarrollar un estado de la cuestión sobre la progresiva adopción de un mode-

⁴ BOBBIO, Norberto, "Democracia: los fundamentos", en *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 401.

⁵ NÚÑEZ TORRES, Michael, *La capacidad legislativa del Gobierno desde el concepto de institución (El paradigma de Venezuela y España)*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 185.

⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad (Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 118.

⁷ PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La justicia constitucional de la Suprema Corte 1995-2004*, Fontamara, México, 2007, p. 263.

lo de hermenéutica constitucional para la solución de casos difíciles por la Suprema Corte mexicana, en su calidad de Tribunal Constitucional, a partir del análisis de precedentes judiciales. La finalidad de ello, consiste en crear los vínculos a partir de las premisas fácticas y normativas de cada caso, y de esta manera, resolver con una metodología mejor elaborada casos constitucionales.

A partir de estas constantes, trataremos de elaborar herramientas a través de las cuales podamos detectar por qué el modelo de las Garantías Individuales resulta insuficiente en la actualidad para justificar y motivar adecuadamente las resoluciones que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se trata de la restricción o limitación a los derechos fundamentales, especialmente en los casos difíciles. Desde nuestra concepción, el modelo de Garantías Individuales tiene un fuerte arraigo formalista y un positivismo rígido, que restringe el ámbito de tutela de los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, a partir de un deficiente sincretismo metódico y una errónea conceptualización de la teoría constitucional de los derechos fundamentales.

Cabe mencionar que no es nuestro propósito realizar una crítica en sí al concepto de “Garantías Individuales”, sino al modelo hermenéutico-argumentativo que emplea la justicia constitucional al momento de resolver casos difíciles. De lo contrario, la reforma constitucional que se encuentra aprobada en el Congreso de la Unión⁸ en materia de derechos humanos agotaría nuestro tema. Además, dicha visión reduccionista de los problemas epistemológicos a una simple reforma normativa, nos parece carente de seriedad académica y brinda una visión reduccionista y miope a los problemas de la ausencia de una teoría constitucional. Por este motivo, cuando nos referimos al modelo de Garantías Individuales no es que hagamos referencia al término en sí, sino que hacemos alusión al conjunto de elementos de la teoría constitucional y jurisprudenciales elaborados para la solución de casos difíciles, pues de nada sirve reformar el apartado de derechos humanos en la Ley Fundamental si se continúa con la línea argumentativa clásica de restricción de figuras esenciales y básicas como interés jurídico y derecho subjetivo, o el análisis estricto de agravios en las demandas de juicio de amparo, entre otras cuestiones. Por este motivo, nuestro problema no sigue la lógica de la constitución formal, sino más bien de un concepto de constitución material. Es decir, la constitución que a diario se vive y es interpretada por la jurisdicción constitucional, así como los criterios interpretativos, que a final de cuentas, inciden en la forma de resolver casos emblemáticos y paradigmáticos que son presentados ante la misma.

⁸ Hasta el día de hoy, ha sido considerada como la reforma constitucional de mayor envergadura en materia de derechos humanos. Ver: <http://gaceta.diputados.gob.mx>

Advertimos al lector que para el análisis de los casos judiciales seleccionados, lo haremos a partir de la doctrina del precedente judicial, a diferencia de nuestro país, donde el reporte de la jurisprudencia es en base a tesis. Alejándonos un poco de la clásica y tradicional incorporación de meras abstracciones obtenidas de las sentencias emitidas por el Poder Judicial Federal, convirtiéndose propiamente en una especie de codificación de las sentencias, en lugar de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, precisando de mejor manera el verdadero contexto constitucional a partir del cual estos surgen. En este sentido, creemos que una verdadera doctrina jurisprudencial debe lograr la concretización de los principios de justicia en sus resoluciones constitucionales con la finalidad de lograr las ideas de justicia política de una comunidad determinada.

Ahora bien, la selección de casos se ha basado en criterios de trascendencia y relevancia, ya sea porque es la primera vez (en la mayor parte de ellos) que nuestro máximo Tribunal se pronuncia al respecto, y otros, por el enorme impacto en el aspecto económico, político y/o social en nuestro país. Lo anterior, identificado concretamente en temas como: fuero militar, retenes militares, tutela de justicia efectiva, debido proceso, aborto, genocidio, cambio de sexo y principio de proporcionalidad.

De tal forma, creemos que el sistema constitucional en nuestro país se encuentra en la fase fundacional o de sentencias fundadoras de línea, cuando se refiere a principios como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, principio de proporcionalidad, límites a la libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, extensiones y límites al principio de igualdad. Sin duda alguna, creemos que esto ayudará en gran medida, en la construcción de precedentes constitucionales fuertes para la creación de una teoría constitucional mexicana de precedentes vinculantes. Entendiendo por teoría constitucional el “esfuerzo por justificar un conjunto de prescripciones acerca de cómo deben decidirse los casos constitucionales controvertidos”⁹ y por precedente vinculante, “aquéllas decisiones que dentro de ciertos patrones fácticos conservan la fuerza gravitacional sobre casos análogos por sus hechos y circunstancias”.¹⁰

De manera simultánea, al estudio descrito en los párrafos anteriores, realizaremos un análisis jurisprudencial de los mismos temas que han sido resueltos por otros Tribunales Constitucionales comparados e internacionales en materia de Derechos Humanos. Hemos elegido principalmente el

⁹ STRAUSS, David A., *What is constitutional theory?*, in *Modern constitutional theory (A reader)*, ALEINIKOFF, t. Alexander, et al., Thomson West, 1999, p. 12

¹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces (Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial)*, Legis-Universidad de los Andes, p. 109.

modelo de los Tribunales Constitucionales de España y Alemania respectivamente. Sin embargo, también incluiremos resoluciones de Tribunales de otros países, así como Tribunales Internacionales en materia de Derechos Humanos. Lo anterior, debido a que en dichos órganos judiciales hemos identificado un modelo hermenéutico-argumentativo similar, mediante el empleo del principio de proporcionalidad y otras instituciones constitucionales a partir de las cuales se resuelven cotidianamente los conflictos que limitan o restringen los derechos fundamentales.

En el capítulo primero tratamos de seleccionar los elementos principales que consideramos más relevantes, relacionados con la construcción de una teoría constitucional de los derechos fundamentales. Principalmente, se trata del análisis de valores jurídicos fundamentales y el estudio del control constitucional para la defensa de los derechos. En el epígrafe siguiente, desarrollamos los principales elementos del modelo hermenéutico-argumentativo de derechos fundamentales. Para este efecto, analizamos de manera general, los rasgos de teorías de la hermenéutica y argumentación de autores como Perelman, Gadamer, Toulmin y Robert Alexy. Particularmente, nos adherimos a la concepción de derechos fundamentales a partir de principios y el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la resolución de conflictos entre derechos. No sin ello dejar de analizar la gran relevancia que tiene el contexto cultural determinado, a partir del horizonte hermenéutico para la resolución de un conflicto, así como el planteamiento sistemático del pensamiento, a partir de los esquemas que brinda la lógica operativa.

El capítulo segundo forma parte del análisis de precedentes judiciales nacionales, comparados e internacionales. En primer lugar, se explicita la metodología empleada para el análisis de los casos judiciales, y posteriormente, se abordan las temáticas seleccionadas (principio de proporcionalidad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y principio de igualdad y no discriminación). El objeto de ello, es acercarnos a identificar ciertos elementos que nos permitan distinguir un modelo de hermenéutica y argumentación constitucional empleado en la solución de esos casos, y de esta forma, plantear que la Suprema Corte de Justicia ha transitado hacia un mejor modelo de justificación de decisiones judiciales.

En la última parte de la investigación, mostramos cuáles han sido los principales obstáculos y retrocesos de ese modelo hermenéutico-argumentativo adoptado por la Suprema Corte, a partir del estudio de distintos casos en los cuales identificamos un retroceso en el diseño de esquemas de interpretación y argumentación constitucional. Lo anterior, lo realizamos a partir del estudio de casos que han sido emblemáticos en la justicia constitucional de nuestro país, en temas bastante sensibles como

el aborto, genocidio, fuero militar, retenes militares y límites a la libertad de expresión.

Reiteramos que ha sido nuestro propósito, presentar de la mejor manera posible, el o los diseños de esquemas hermenéuticos y argumentativos que emplea el Tribunal Constitucional mexicano. Durante el desarrollo de este trabajo nos hemos topado con muchos obstáculos que han dificultado esa labor. Nos disculpamos si no alcanzamos a aprehender cada uno de los elementos en su integridad de las resoluciones descritas, pero repetimos que nuestra intención ha sido la de plantear un estado de la cuestión sobre esta temática, tratando de guardar la rigurosidad y seriedad académica que merece un trabajo de investigación crítico.

Agradecemos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el enorme apoyo brindado durante la elaboración de este trabajo, especialmente a su Presidente, el Ministro Juan Silva Meza, quien ha demostrado su espíritu institucional de apertura crítica, incluso desde la academia.¹¹ Al Lic. Raúl Pantoja Baranda, Secretario Ejecutivo del Comité de Evaluación, así como a la Directora de la Casa de la Cultura Jurídica en el Estado de Nuevo León, la Arq. Angélica Arévalo Castro y su equipo, que en todo momento dieron las facilidades administrativas y acceso al inmenso acervo bibliográfico que resguardan.

De igual trascendencia, agradezco el apoyo recibido por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de su Director, el Dr. José Luis Prado Maillard, así como al Director de mi tesis, el Dr. Rafael Enrique Aguilera Portales. En este mismo sentido, a los Doctores Michael Núñez Torres, Mario Alberto Garza Castillo y José Zaragoza Huerta por el enorme apoyo institucional y personal brindado en todo momento. De igual forma, al actual Subdirector de Posgrado de esta misma institución, el Dr. Gastón Enríquez Fuentes.

Finalmente, a quienes más importan y resultan ser los más sacrificados en este proceso, toda mi familia por el incondicional y eterno apoyo que estoy seguro, valdrán la pena los sacrificios realizados. Igualmente, a todos los amigos que han participado en mi proceso de formación personal y profesional.

¹¹ SILVA MEZA, Juan N., *Derechos Fundamentales (Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional)*, Editorial Porrúa, México, 2009.

CAPÍTULO I

HERMENEÚTICA CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN EN VALORES Y PRINCIPIOS: UN NUEVO PARADIGMA

La etapa de la posguerra y el surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos trajeron consigo un compromiso ético universal para las jurisdicciones nacionales e internacionales. Tribunales Constitucionales surgidos de las naciones perdedoras de la Segunda Guerra Mundial (Alemania 1951,¹ Italia, 1956²) se erigieron como defensores de la Dignidad de la Persona Humana como valor supremo y fundante de los incipientes Estados Constitucionales.³ No tardó mucho en germinar esta semilla y le siguieron Estados que transitaban hacia la democracia. Naciones como España (1980) y Portugal (1982), lograron consolidar sus Tribunales Constitucionales a través de la sólida argumentación de sus decisiones. Principios que creíamos inalterables durante el formalismo jurídico como la irretroactividad de la ley, fueron cediendo terreno ante criterios de justicia formal y equidad, en defensa de la dignidad de la persona y los derechos Humanos.⁴

¹ POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, p. 45; 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. STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, septiembre-diciembre 1988.

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

³ Antes de la Ley Fundamental de Bonn (1949) las Constituciones de los Länder de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre, “como reacción directa al desprecio del hombre nacionalsocialista, contenían la garantía de la dignidad, considerándola ya como derecho fundamental y derecho humano elemental”. STARCK, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 136. *Vid.* del mismo autor: “Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 489-497.

⁴ La fórmula del derecho injusto por ejemplo, surge en la filosofía del derecho alemana, a través de juristas como Radbruch y Stammler. En igual sentido se encuentra el argumento

La derrota del formalismo jurídico y el legicentrismo es inminente, dando paso a una visión holística e integradora del derecho. La reformulación del positivismo jurídico, por medio de la reconexión entre el derecho y la moral es inobjetable, aunque con matices débiles o fuertes. Dicha conexión resulta en ocasiones invisible, pero ésta se ha ido incorporando a la teoría constitucional en la jurisprudencia del orden objetivo de valores o la aceptación expresa de moral en el derecho constitucional.⁵

Bien conocida es la concepción de Aristóteles sobre la justicia distributiva y la justicia correctiva.⁶ Mientras que la primera pertenece a un esquema formal, la segunda responde a un criterio de equidad, en la cual se toma en cuenta el contexto y las cualidades de los sujetos.⁷ En este sentido, el rol de la equidad es prevenir que el derecho se adhiera rígidamente a sus propias reglas, cuando las mismas produzcan injusticia.⁸ Nuestra posición se enfoca en la corrección de la injusticia del derecho mediante los derechos fundamentales como pautas éticas para el juzgador y el empleo de una teoría axiológico-constitucional. Nos adherimos a una visión procedimental y discursiva del derecho, pero no vacía, sino orientada hacia un horizonte de sentido, en conjugación con el empleo de la hermenéutica jurídica.

En este sentido, proponemos no solamente una simple adhesión a una visión jurídica procedimental o discursiva que acepte una reconexión

de la injusticia y de principios, que es sostenido por el iusfilósofo Robert Alexy, desde la teoría la corrección del derecho injusto, a partir de los derechos fundamentales. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 41-42. *Vid.* RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 255.

⁵ CRUZ, Luis, M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, pp. 24 y ss. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Una ventana abierta a la moral en el Estado Constitucional”, en *Criaturas de la moralidad (Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 67-101. CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en (CARBONELL, Miguel y GARCÍA, L. [coords.]), en *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 11-27.

⁶ Ética a Nicomaco es un Tratado de Aristóteles que constituye la piedra angular de su filosofía sobre ética y moral, la cual ha impregnado la mayor parte del pensamiento occidental. En el Libro V de esta obra, se dedica a analizar la virtud de la justicia clasificándola en distributiva y correctiva. La primera toma un criterio aritmético o económico en torno al justo reparto, mientras que la segunda (justicia correctiva), trata de salvaguardar lo justo de ese reparto, cuando se ve desequilibrado por las relaciones particulares; ahí nace la equidad, con el fin de corregir la ley, ya que la regla universal no contempla cada situación particular. Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, (trad. Gallach Palés, Francisco), Imp. del Rubio Aguas, Valencia, España, 1931, pp. 118-149.

⁷ MUINELO COBO, J. Carlos, *La invención del derecho en Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 175-176.

⁸ BEEVER, Allan, “Aristotle on equity, law and justice”, en *Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, Legal Theory, v. 10, Secc. 01, mayo, 2004, p. 33.

conceptual entre el derecho y la moral, sino el empleo de la hermenéutica jurídica para dotar de sentido a las normas jurídicas. La justicia no puede quedar reducida a esquemas de justificación meramente formales, incluso, la lógica deóntica no es suficiente para explicar los difíciles y complejos problemas sociales sometidos a debate en la justicia constitucional.⁹ Por estos motivos, la superación del formalismo jurídico debe ir acompañada de un entendimiento sobre los alcances de la hermenéutica jurídica y la argumentación en valores.

La primera parte del presente capítulo tiene la finalidad de explicar la conexión existente entre el derecho y la moral, tratando de hacer una revisión histórica del mismo, con el fin de sustraer de la misma los elementos comunes que son traídos en la actualidad para justificar el apego o desapego de las normas a la ética, ya sea una visión atenuada o reforzada, de ahí que la mayor parte del tiempo dicha conexión sea invisible, pero que siempre dota y fundamenta axiológicamente las decisiones judiciales. Sucesivamente, se analizan los procesos éticos en los que forman parte los derechos fundamentales, en aras del cumplir con los valores de justicia y equidad, revisando las fundamentaciones iusnaturalistas y positivistas del fenómeno de positivación de los derechos en las Cartas Constitucionales.

⁹ Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas. BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-IJ, México, 2006 (2a. ed.), pp. 10 y 11. En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010, p. 164. HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A. y CASTAÑEDA, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 193. En este sentido, para Leibniz, “el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad [...] justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad”. LEIBNIZ, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, (trad. Eduardo G. Máynez), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960, p. 11. En la actualidad, por mencionar algunos, existen también intentos por encontrar 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, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es otro de los ejemplos del exceso de racionalidad jurídica. MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 81-98. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, (La sintaxis del derecho), Vol. 3, Trotta, Madrid, 2011. MAZZARE, Tecla (Ed.), *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.

Nuestra propuesta se centra en la superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica constitucional y la argumentación en valores. En la actualidad, uno de los desafíos más importantes que tiene la jurisdicción constitucional en México, es la concretización de los valores, contenidos no sólo en los textos fundamentales, sino en el propio Derecho Internacional. Dar efectividad al derecho a través de la justicia y la equidad es la mejor fórmula que tiene el Juez Constitucional, no sólo porque las normas son vigentes o satisfacen determinado criterio de validez formal, sino por las razones en las que ellas se fundamentan.

I. LA REFORMULACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DE LA SIMBIOSIS ENTRE DERECHO Y MORAL

El debate sobre la relación entre el derecho y la moral podemos remontarlo a la época clásica griega. Un claro ejemplo, lo encontramos en la famosa tragedia *Antígona* de Sófocles, donde se plantea un conflicto entre derecho natural y derecho positivo;¹⁰ en este tenor, se encuentra también el caso de Sócrates como el primer caso público de desobediencia ética al derecho. La conexión más próxima entre el derecho positivo y la ética es con el iusnaturalismo. Durante la edad media, el iusnaturalismo de corte teológico adoptó caracteres religiosos, “el derecho natural es considerado superior al positivo en cuanto al primero no es visto ya como simple Derecho común, sino como una norma fundada en la misma voluntad de Dios en el corazón de los hombres”.¹¹

La escuela iusnaturalista se enriquece con las ideas de Tomás de Aquino¹² y los demás doctos de la iglesia católica como Agustín de Hipona,¹³ los cuales parten de la visión y distinción entre *lex humana*, *lex naturalis* y *lex divina*. En este sentido, la mayor parte de las corrientes iusnaturalistas tendrán un carácter común: la creencia en un orden suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento jurídico.

¹⁰ El conflicto se presenta cuando el Rey de Tebas, Creonte, prohíbe hacer ritos fúnebres al cuerpo de Polinices, como castigo por traición a su patria. Es cuando Antígona, hermana de Polinices, argumentando un derecho divino, desobedece la ley de Tebas, dando sepultura a al cuerpo de Polinices, sufriendo las consecuencias de haber desobedecido la ley positiva. SOPHOCLES, *The Antigone*, (traducción al inglés de Rayming con nota introductoria de Gilbert Murray), New York, Oxford University Press, 1941.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 43.

¹² TOMAS DE AQUINO, *La ley* (versión castellana y notas explicativas de Constantino Fernández-Alvar), Barcelona, Labor, 1936; *Suma teológica*, (traducción directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio), Madrid, Moya y Plaza editores, 1883.

¹³ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios* / del gran padre y doctor de la iglesia San Agustín, Obispo de Hipona; (trad. Joseph Cayetano Díaz de Beyral y Bermúdez), 22 t. en 12 vol., México, Imprenta Real, 1793-1797.

El positivismo jurídico, nace como consecuencia del proceso de secularización que se produce en la modernidad y que se potenciará con el movimiento ilustrado.¹⁴ Sus inicios, podemos remontarlos en obras de distintas corrientes de pensamiento como la Escuela histórica del Derecho y la filosofía de su máximo representante Savigny, el movimiento de codificación del derecho de Thibaut; en Francia, con el Código de Napoleón (1804), así como la exégesis. En Inglaterra destacan: el pensamiento filosófico-político del Estado por parte de los filósofos iusnaturalistas como Hobbes y Locke, la filosofía utilitarista de Bentham y la ideología filosófico-jurídica de John Austin.¹⁵

El tránsito a la modernidad replanteó las relaciones entre los particulares y el Estado, el proceso de positivación y coactividad del derecho, la tolerancia, y finalmente, la distinción del derecho y la moral, fueron ingredientes fundamentales que le dieron forma y sentido al derecho.¹⁶ En resumen, se distinguen seis concepciones fundamentales en torno al positivismo jurídico:¹⁷

- a. La teoría coactiva del derecho (que supone afirmar que la coacción es un elemento esencial y típico del derecho);
- b. La teoría legislativa del derecho (a través de la cual se defiende la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del derecho);
- c. La teoría imperativa del derecho (que implica mantener que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato);
- d. La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico (esto es, la defensa de la ausencia de contradicciones entre las normas que componen el ordenamiento o, en su defecto, la existencia de mecanismos para solucionar estas contradicciones);
- e. La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico (que no es otra cosa que negar la existencia de lagunas en el derecho), y
- f. La teoría de la interpretación lógica o mecanicista del derecho (que se plasma en el método jurídico tradicional).

El origen sobre la conexión entre el derecho y la moral se encuentra precisamente en la distinción entre derecho natural y derecho positivo. El propio Norberto Bobbio, afirmará que el positivismo jurídico como corriente será incomprensible si no se le contrapone al concepto de derecho

¹⁴ PECES BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 242.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, op. cit., pp. 61-129.

¹⁶ *Vid.* PECES BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio, "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo", Cap. I, Vol. I, t. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, PECES BARBA, M. Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA et al., (coord.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, op. cit., pp. 240-241.

natural.¹⁸ Uno de los intentos más ambiciosos de separación entre el derecho y cualquier otra ciencia que lo despojara de su pureza, la constituyó el proyecto intelectual de teoría pura del derecho del jurista austriaco Hans Kelsen, con el objeto de conseguir una teoría purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural.¹⁹ Al respecto Kelsen afirma: “Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”.²⁰

Este fue el proyecto intelectual más importante en la ciencia jurídica por conseguir la científicidad. Sin embargo, la crisis del positivismo jurídico, manifiesta en la crisis de formalismo y legalismo²¹ en los sistemas de derecho, terminó con las ideas más extremas o puras que pretendían despojar a la ciencia jurídica de las cualidades y fuentes que le eran inherentes, de tal forma que desde mediados del siglo pasado, se inició la rehabilita-

¹⁸ BOBBIO, Norberto, *Problema del positivismo giuridico, El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid, Debate, 1998, p. 35.

¹⁹ KELSEN, Hans, “Prólogo a la primera edición” de *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 7. Con esto, no queremos de ninguna forma insinuar que el jurista austriaco fue el culpable de dicha crisis. Incluso, en escritos posteriores podemos encontrar un replanteamiento muy ambicioso sobre sus primeras ideas, en torno a sistemas estáticos y dinámicos, así como su concepción sociológica del derecho. En este sentido, existen quienes afirman que su teoría no da abasto a una indeterminación, sino, más bien, una «tesis de completitud» “...la teoría jurídica del austriaco no contempla realmente “borderline cases” (casos marginales), desde el momento en que puede resolver todos los casos presentes y posibles “conforme a Derecho”. Y parecería un sin sentido “admitir” la tesis de la indeterminación del Derecho, pero, al mismo tiempo, “negar” la existencia de casos indeterminados en el Derecho”. Del Real Alcalá, J. A. (s/a) “¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, 2007, No. 15, p. 1.

²⁰ KELSEN, Hans, “Prólogo a la primera edición” de *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 7.

²¹ Conforme a las teorías formalistas, el derecho se encuentra racionalmente determinado. Algunos autores han distinguido entre el formalismo “sofisticado” y el formalismo “vulgar”. El empleo del silogismo judicial y el razonamiento deductivo a partir de razonamientos mecánicos es característico del formalismo “vulgar”, mientras que los defensores del formalismo “sofisticado”, reconocen que el razonamiento legal es más que un procedimiento automatizado, que demanda la identificación de las fuentes del derecho, la distinción entre los recursos epistemológicos y un conjunto de teorías para su correcta valoración. LEITER, Brian, “Legal formalism and legal realism: what is the issue?”, en *Legal Theory*, Cambridge University Press, v. 16, s. 02, septiembre 2010, p. 112. “The Radicalism of Legal Positivism”, en *Guild Practitioner, Public Law Working Paper*, No. 303, University of Chicago Law School, 2010.

ción del positivismo jurídico a partir de la reconexión entre el derecho y la moral. Por mencionar algunos filósofos del derecho, podemos referir quienes aceptan esta conexión se encuentran: Garzón Valdés, Neil McCormick, Theodor Viehweg, Santiago Nino, Joseph Raz, Robert Alexy, Pérez Luño; y quienes sostienen o niegan ese vínculo se hallan: Roberto Vernengo, Eugenio Bulygin, Diego Farrell, Eduardo Rabossi.²²

La idea fundamental de la reformulación entre el derecho y la moral radica en la crítica a la visión formalista del derecho, donde el culto a la ley o legicentrismo es el ingrediente más dañino para el análisis de los fenómenos jurídicos. La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza Hart, es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de jurista de Oxford no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la coerción y la moral.²³ En su teoría sobre la indeterminación, se puede apreciar una complejidad ya tratada.

En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generalmente son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras.²⁴

Frente a los “casos difíciles” no será suficiente la formulación del problema jurídico en base a reglas, sino que es indispensable el razonamiento a partir de principios y valores. Esta visión conduce hacia un positivismo más incluyente, aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad.²⁵ Dicho lo anterior, las posiciones en torno a

²² Vid. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

²³ HART, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [título original: *The concept of law*], [traducción: Genaro R. Carrió], [1a ed. 1961], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, p. IX; pp. 33 y ss.

²⁴ *Óp. cit.*, Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, p. 158.

²⁵ El debate sobre la moral interna del derecho positivo resulta bastante extensa y especializada. Remitimos en este espacio a algunos autores que hemos considerado principales para comprender el fenómeno del positivismo jurídico y la separación conceptual entre el derecho y la moral. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; ESCUDERO ALDAY, Los calificativos del positivismo jurídico (El debate sobre la incorporación de la moral), Civitas, Madrid, 2004; HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Gedisa, Barcelona, 2000; MORESO, José Juan, NAVARRO,

este debate se han agrupado entre quienes defienden el positivismo jurídico en sentido amplio (coactividad, legislativa e imperativa) y quienes se adhieren a un positivismo jurídico en sentido estricto (coherencia, plenitud y mecanicidad).

Una de las visiones mejor formuladas del positivismo jurídico es la planteada por el profesor de la Escuela de Turín, Norberto Bobbio, la cual consiste en la triple dimensión en la metodología del derecho, a partir del cual se debe analizar la correspondencia de la norma jurídica con sus fines, su veracidad o falsedad, así como la realidad (aspecto sociológico); y finalmente, la ideología, la cual deberá decidir si es justa o injusta. Con ello, se reafirma el triple orden de problemas de la justicia, validez y eficacia de las normas jurídicas.²⁶ Incluso, autores como Paolo Comanducci, han planteado el neoconstitucionalismo en base al método seguido por Norberto Bobbio (método, teoría e ideología).²⁷

Lo anterior, nos conduce al replanteamiento realizado desde hace siglos sobre el mejor método para lograr que la justicia y la equidad sean efectivas a través de la aplicación del derecho. El positivismo jurídico ha permitido que las relaciones entre el derecho y la moral sirvan como un vehículo crítico del derecho positivo, en consonancia con una apertura más o menos flexible de principios y un análisis interdisciplinario de la ciencia jurídica hacia otras áreas del conocimiento. Inclusive, la dogmática constitucional ha dado un viraje de paradigma hacia uno más flexible, que permite la coexistencia de valores y principios contradictorios, en aras de permitir la pluralidad.²⁸ En el siguiente epígrafe, presentaremos la relación de los derechos fundamentales con los principios de justicia y equidad, iniciando con los valores que fundamentan estos derechos y las teorías de la justicia que sirven para justificar las decisiones de los Tribunales cuando se resuelven casos difíciles, y en las que confluyen valores contradictorios, que el juez inevitablemente se ve obligado a confrontar y ponderar.²⁹

Pablo y REDONDO, Cristina, Conocimiento jurídico y determinación normativa, Fontamara, México, 2002; JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.

²⁶ BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 33.

²⁷ COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

²⁸ De esta forma, Zagrebelsky, atinadamente señala: "La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten —los conceptos— mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás." ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Madrid, 1995, p. 17.

²⁹ STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 42.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO VALORES Y PRINCIPIOS

Los derechos fundamentales son producto de la modernidad ilustrada. Los aportes de la filosofía contractualista, la idea de la dignidad de la persona humana y el racionalismo ilustrado servirán como pautas rectoras de las principales Declaraciones de Derechos (inglesa, americana y francesa). La filosofía contractualista justificará la existencia de principios básicos para la convivencia, la organización política y la defensa de ciertos bienes como la vida, la libertad y la propiedad. Filósofos como Grocio, Pufendorf, Hobbes, Spinoza, Locke, Kant y Rosseau, forman parte de la idea de contrato social, desde versiones absolutistas hasta democráticas.³⁰

Los valores de igualdad, libertad, fraternidad y seguridad alcanzaron su consagración en la Ilustración. Claro que con esto, no sugerimos que estos valores no hayan existido con anterioridad, sino que fue hasta la etapa de la modernidad, cuando la concepción medieval y estamental de los derechos y libertades del ser humano como propiedades del feudo, fueron transformándose progresivamente hasta convertir al hombre en sujeto de derechos, por el simple hecho de ser humano. Bien lo refiere el profesor Peces-Barba:

El iusnaturalismo protestante y la filosofía de la Ilustración serán dos vehículos intelectuales que construirán ese nuevo acervo jurídico, que influirá decisivamente en la consolidación de las primeras generaciones de los derechos, en crítica radical a la cultura jurídica de tradición medieval y escolástica. El esfuerzo consistirá en sustituir unos materiales jurídicos heterogéneos formados por costumbres locales, por estatutos municipales o gremiales, decisiones de los Tribunales, normas reales del soberano, feudales, canónicas o romanas, opiniones doctrinales o jurisprudenciales, por un sistema racional, unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo.³¹

El proceso de constitucionalización de los valores de la ilustración, el racionalismo y el contractualismo moderno tuvieron como piedra angular el valor de la seguridad jurídica.³² En palabras del Catedrático García de Enterría, el lenguaje de los derechos no se conformó con un molde prefi-

³⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "La aportación de las teorías contractualistas", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Vol. II, t. II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 21.

³¹ PECES BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, "Derecho, sociedad y cultura", en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Cap. I, Vol. I, t. II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 117.

³² De esta manera: "Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito del estado de naturaleza como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad". PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Seguridad jurídica", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (coord.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 482.

gurado, ni con una simple aparición de términos: “sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese “aura de sistema” que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible”.³³

Fue en el periodo de la ilustración donde la universalidad del derecho y el principio de la dignidad humana alcanzan su máximo esplendor, con la filosofía del profesor de Königsberg, Immanuel Kant: “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”.³⁴ El principio de la dignidad humana queda expresado con la fórmula de no instrumentalización de la persona humana,³⁵ la cual será recogida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. En este sentido, “la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana será entonces el principio legitimador de los derechos de la personalidad”.³⁶

De esta forma, los derechos fundamentales hunden sus raíces en la moral porque se apoyan en argumentos y razones morales. Éstos alcanzan plena efectividad cuando se juridifican, así como cuando son reconocidos y protegidos por el derecho. El positivismo jurídico permite una estrecha conexión entre los valores éticos que fundamentan los derechos, ya sea fuerte o débil, según sea la corriente con la que nos identifiquemos. Por otra parte, se encuentran las teorías éticas y iusnaturalistas, antagónicas al positivismo. Entre ellas, se encuentra la del iusfilósofo Ronald Dworkin.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 29 y 37.

³⁴ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizarraga), Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, p. 44. Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, (trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), *La metafísica de las costumbres*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 39. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), Santa Fe, Argentina, El Cid Editor, Colección de Clásicos en español, 2003, pp. 75 y 79. PEREZ 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*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 53.

³⁵ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), México, Editorial Porrúa, 2003, p. 170.

³⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, Vol. II, t. II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 452; PÉREZ SÁNCHEZ, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J.J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Departamento de Derecho Constitucional, 2004, 658 pp.; DOTI, Jorge E., “Observaciones sobre Kant y el liberalismo”, en *Araucaria*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Primer semestre, año/ Vol. 6, número 013, 2005, pp. 4-12.

En una de sus últimas obras, el citado autor emplea la fábula del erizo y la zorra del poeta griego Arquíloco, con el fin de ejemplificar la importancia de los valores en el derecho. “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante”.³⁷ Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por vencida ante la única defensa del erizo.³⁸ Precisamente, los valores, como el erizo, también son cosa importante. La idea acerca de que los valores éticos y morales dependen uno del otro es un dogma, proponen un modo de vida, que se relaciona igualmente con toda una compleja teoría filosófica. Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos.³⁹ Valores como la justicia, libertad, democracia, responsabilidad, verdad, entre otros, son continuamente empleados por los Tribunales y han sido motivos de intensos debates. Su concretización requiere preparación, destreza, habilidad, demanda conocimiento a profundidad sobre las necesidades de una sociedad, hasta el conocimiento de las actitudes populares. El juez no se encuentra obligado a saberlo todo, pero sí a ser consciente y sensible de los problemas más agudos que aquejan a la comunidad en la que se encuentra. Ésta es la idea de la justicia en su contexto, de la aplicación de valores no solamente desde una óptica procedimental, sino la adopción de una mentalidad jurídica consciente.

En otra de sus obras, el jurista de Oxford, se adhiere a una postura crítica de los derechos como: “criaturas de la moralidad”. La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en “una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética”.⁴⁰ Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles. En su teoría, Dworkin pretende conciliar, o por lo menos, acercar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls.⁴¹

El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los Jueces Constitucionales. De esta manera, “La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el

³⁷ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011, p. 1.

³⁸ BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Moschnik Editores, Océano, Barcelona, p. 17.

³⁹ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

⁴¹ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1997, pp. 17-61. *Vid.* RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 13; RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1a. reimp., México, FCE, 1995. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política”.⁴² Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional. A continuación, presentaremos un ejemplo sobre la aplicación concreta el principio de igualdad en términos de la filosofía liberal.

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:⁴³ 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:⁴⁴

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 razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

⁴² DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

⁴³ SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, (versión de Ana María Bravo y revisión de Pedro Schwartz), Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 13.

⁴⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

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.⁴⁵ El juez constitucional que se adhiera a esta posición estará a favor de las cuotas de género exigidas en determinados órganos gubernamentales. En igual forma, 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.⁴⁶ 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”.⁴⁷

No menos importante es la relación ética y moral de los derechos, a partir de una visión neotomista. Filósofos de renombre como Jacques MARITAIN han sostenido que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 tuvo influencia iusnaturalista, no solo por una cuestión semántica, sino por el fundamento ético universal que adquieren los derechos, a partir de una revisión del tomismo clásico.

El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural [...] En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sea con fines conservadores o 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. Deberían, sin embargo, darse cuenta de que la historia de los derechos del hombre está ligada a la de la ley natural y que el descrédito en que el positivismo ha tenido por un cierto tiempo a la idea de

⁴⁵ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 103.

⁴⁶ BARRY, Brian, *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 373 y ss.

⁴⁷ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989. pp. 91 y 109.

ley natural ha conllevado un descrédito semejante para la idea de los derechos del hombre.⁴⁸

Asimismo, la idea de dignidad de la persona en los derechos humanos fue puesta en práctica, siguiendo a Mauricio Beuchot (conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino) por Fray Francisco de VITORIA,⁴⁹ fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso Vera de la Cruz.

De acuerdo a lo anterior, creemos que el desafío del Juez Constitucional en el siglo XXI es cumplir satisfactoriamente tanto la justificación externa como interna de sus decisiones, a partir de un adecuado y pertinente empleo de una o varias teorías de derechos fundamentales y de justicia. Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es “un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte”.⁵⁰ Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en cuenta entonces, que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado, el judicial.⁵¹ Y por otro lado, sus decisiones deben provocar

⁴⁸ MARITAIN, Jacques, *L'Homme et l'Etat, El hombre y el Estado*, traducción de Juan miguel palacios, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 97-98. El citado filósofo añade en otra de sus relevantes obras con fundado espíritu medieval: “La idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de VITORIA; y más lejos a Santo Tomas de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular”. *Les Droits del l'homme et la loi naturelle, Los derechos del hombre y la ley natural*, MARITAIN, Jacques, traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, Colección Orfeo, 1943, p. 88; *Vid.* 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, Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

⁴⁹ Es patente el claro humanismo por parte de algunos de los frailes que llegaron a América y la denuncia de estos hacia las injusticias padecidas por los indígenas. “Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares”. *Vid.* VITORIA, Francisco, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae*, R. P. Fr. Franciscini Victorae, Buenos Aires Emecé Editores, 1946, pp. 160-161.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Juez constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Num. 10, Julio-Diciembre, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 264. *Vid.* del mismo autor: “Jueces Constitucionales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nuevo año, Año. XXXVII, No. 117, UNAM-III, México, septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.

⁵¹ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Gredos, Madrid, 1989, p. 43.

un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, sin exceder los límites que los propios valores del liberalismo le imponen.

2. EL DESAFÍO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: CONCRETIZACIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS

La justicia impartida por los Tribunales Constitucionales es fundamental para ejercer un límite efectivo de los poderes públicos.⁵² El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son pieza clave en la revaloración de los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.⁵³

Las Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo paradigma.⁵⁴ A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de Derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo) como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional, donde existe más ponderación y menos subsunción en la solución de casos difíciles. No resulta extraño por consiguiente, que algunos autores se atrevan a afirmar el surgimiento del “imperialismo de la moral” en el derecho constitucional.⁵⁵ Aunque no coincidimos del todo con esta aseveración, cabe darle importancia al sólido replanteamiento de los valores

⁵² LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, colección demos, Ariel (2a. ed.), Barcelona, 1976, p. 150.

⁵³ SCHNEIDER, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. reimp., Civitas, Madrid, 2001.

⁵⁴ CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003. POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁵⁵ BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 270.

éticos cuyo contenido constitucional y jurídico son indispensables para la sólida fundamentación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales.⁵⁶ En este sentido, el Maestro Pedro de Vega defiende esta visión axiológica de la norma constitucional, al afirmar.

Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo [...] la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar [...] si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica.⁵⁷

De esta forma, las Constituciones no deben ser meras declaraciones retóricas o postulados inacabados e incumplidos, sino textos vivos que integren a la sociedad, es decir, no basta con tener Constitución es necesario estar en Constitución.⁵⁸ La revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fundamentales ha resultado ser una de las fórmulas en las que la jurisdicción constitucional ha tomado un respiro, y mediante la cual ha permitido una mejor operatividad al juez constitucional. Incluso, el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales”⁵⁹ nos han llevado, como sostendría PRIETO SANCHÍS, hacia una especie de “constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la “boca muda” o “juez legislador”; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación”.⁶⁰

⁵⁶ Vid. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159-177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, op. cit., p. 126.

⁵⁷ DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” en *Revista de Estudios Políticos*, CEPIC, No. 7 (Monográfico sobre garantías institucionales), Madrid, 1979, p. 95. pp. 93-118.

⁵⁸ La clasificación pertenece al destacado profesor Lucas Verdú, quien retoma algunas ideas del jurista alemán Karl Loewenstein. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 48.

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. p. 140.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

Los trágicos acontecimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial volcaron los esfuerzos de los juristas por buscar un criterio material y objetivo bajo el cual se pudiera emitir un juicio crítico sobre la validez del derecho positivo. En igual sentido, el hallar pautas axiológicas para orientar su elaboración y aplicación. “En este contexto la filosofía de los valores elaborada por Scheler y Hartmann trazaron un camino llano, que conducía directamente a emplear el concepto de valor como criterio material para la validez del derecho”.⁶¹

La doctrina jurisprudencial alemana es baluarte y ejemplo de la consolidación de esta deontología positivizada, un paradigma de ello, es la doctrina del orden de valores, inspirada en la Escuela Neokantiana de Baden. Fue en el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de Enero de 1958, cuando se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo.

Igualmente, la teoría axiológica se encuentra presente en el pensamiento del jurista alemán Rudolf Smend. Esta posición pugna por una teoría de los derechos fundamentales que sirva como factor de integración material y como expresión de un sistema de valores. Su concepción se aparta de la clásica visión formal del constitucionalismo, partiendo de una visión tripartita de factores de integración: personal, funcional y material. Esta última óptica hace referencia a un conjunto de vivencias sustantivas encarnadas en un grupo de valores socialmente compartidos, como la bandera, el himno, las fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales como valores concreto de un sistema cultural.⁶²

La doctrina jurisprudencial alemana se va configurando entonces como un valor y un principio fundamental en el Estado Constitucional, a partir de la influencia ejercida por los pensadores pertenecientes a la Escuela de Baden, en torno al replanteamiento de la filosofía kantiana sobre la no instrumentalización de la persona humana.⁶³ Así, este valor, junto con el libre desarrollo de la persona⁶⁴ edifican la piedra angular de su jurisprudencia, fundada en un orden objetivo de valores, es decir, una moral objetivada en las normas constitucionales.⁶⁵

⁶¹ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM-IJ, México, 2005, pp. 6-7.

⁶² 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)

⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo” en *Estudios jurídico-constitucionales*, IJ-UNAM, México, 2003, pp. 3-38.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traduc-

La excelente calidad de la argumentación de las decisiones del propio Tribunal Alemán ha demostrado que la dinámica y flexibilidad de estos principios permiten la solución efectiva de casos difíciles, entre otros, donde se encuentra involucrada la libertad sexual de la mujer (aborto), la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, honor, imagen, intimidad, datos personales, etc.), el debido proceso penal (prohibición de trato al inculcado como objeto durante el proceso penal), la utilización de la persona como mero factor de riqueza (materia laboral), o como mero objeto de entretenimiento (límites a la libertad contractual).

Por consiguiente, el desafío de la justicia constitucional consiste en volver efectivos los valores de dignidad y libre desarrollo de la persona humana, mediante su aplicación efectiva, con el objeto de lograr la equidad y la justicia, pues que mejor que los principios que dieron vida a Estados Constitucionales tan sólidos como el Alemán o el Español para lograr tan elevada finalidad. La construcción de una teoría de los derechos fundamentales a partir de precedentes constitucionales, debe auxiliar a la teoría del derecho y su pretensión de corrección de la injusticia de las normas jurídicas. Porque una teoría de los derechos fundamentales coherente cumple con su propósito cuando los jueces resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos, constituyéndose ésta como el mejor camino para el fortalecimiento de las instituciones judiciales y la consolidación de precedentes que irradian el ordenamiento jurídico.

3. HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La difícil tarea de la magistratura constitucional exige cada día mayor nivel en la calidad argumentativa de los operadores jurídicos, ya que se ha vuelto recurrente en los casos presentados ante ellos el involucramiento

ción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 119. 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. 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. Para un análisis filosófico de la dignidad humana, se recomienda la magnífica obra del profesor Thomas de Koninck: *De la dignidad humana*, (traducción de María Venegas Grau), Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006. DE ASÍS ROIC, 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 situaciones que el legislador no previó, como consecuencia de las transformaciones sociales, económicas, políticas e incluso tecnológicas. La principal finalidad de este apartado es brindar al lector el aparato teórico que servirá en sucesivos capítulos para el análisis de casos en donde tienen aplicación los derechos fundamentales.

La idea es proporcionar guías o directrices básicas que fundamenten los criterios a través de los cuales distintos tribunales han resuelto sus casos. Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”.⁶⁶ La primera se refiere o se encontraría influida por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución.

De esta manera, esta teoría logra su concretización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto, en la imposición de límites o restricciones a los derechos.⁶⁷ Esto se ve traducido en la misma jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en el caso de la despenalización del aborto, muestra el uso de una teoría liberal, mientras que la permisón de la pena de muerte, pudiera denotar la ausencia de una visión garantista, y con una notable ausencia de un sólido marco teórico de derechos fundamentales, empleando el aparato coercitivo del Estado, con la finalidad de mantener la seguridad jurídica.

Una teoría de los derechos tiene 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.

Bajo esta perspectiva, revisemos cuales son las tres dimensiones de la dogmática de los derechos fundamentales:⁶⁸

— *Analítica*: trata de la consideración sistemática conceptual del derecho válido. Por ejemplo: el análisis de los conceptos fundamentales (concepto de norma, derecho subjetivo, libertad y de igualdad), pa-

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Refiere el profesor Cesar Landa que “en la propia práctica de la tutela de los derechos fundamentales se puede apreciar un uso variado de las distintas teorías de la interpretación constitucional. Esto no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de la jurisprudencia se encuentre acorde con el principio humanista del *in dubio pro homine*”. “Teorías de la interpretación constitucional” en FERRER MAC-GREGOR, Eduar-do (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, t. III, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 2819.

⁶⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 29-32.

sando por la construcción jurídica (relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y el efecto frente a terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

- *Empírica*: consiste en la relación que se establece entre el conocimiento del derecho positivamente válido con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica.
- *Normativa*: trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis jurisprudencial.

Nosotros nos adherimos a la propuesta del maestro Robert Alexy, en referencia a la estructura preponderantemente analítica que debe tener una teoría de los derechos fundamentales, ya que se dedica a investigar las estructuras y bases, así como su influencia en el sistema jurídico, tomando en cuenta las tareas de una teoría integrativa.⁶⁹

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:⁷⁰

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.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 49.

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:⁷¹

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 política.⁷² Asimismo, entre sus consecuencias destaca:

1. En ella el contenido y el alcance de la libertad se determina según la función a la que sirven.
2. Se da una fundamentación funcional de la libertad, es decir, convierte a la libertad en una competencia.

Finalmente, 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, por el espacio vital de relaciones y prestaciones sociales efectivas”.⁷³

II. LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO JURÍDICO POR MEDIO DE LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN EN VALORES

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal, donde la ley era la única y principal fuente jurídica, mientras que las demás fuentes eran auxiliares o alternas.

⁷¹ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 53.

⁷² *Ibidem*, p. 60

⁷³ *Ibidem*, p. 63.

Lo anterior, podemos encontrarlo en los totalitarismos previos a los acontecimientos bélicos mundiales de mitad del siglo XX (nacionalsocialismo y fascismo, principalmente). El Nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de Canciller como Presidente del Reich, dependía igualmente del Führer, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt, señalaban que era él quien defendía el derecho.⁷⁴

En este contexto, la posición del filósofo alemán Gustavo Radbruch resulta especialmente importante en la revisión del iuspositivismo tradicional y su crisis. Y esto, lo señalamos no sólo por ser un destacado disidente del régimen nacionalsocialista (Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por este régimen absolutista), sino porque en su idea de derecho contiene tres elementos básicos: la justicia, el fin y la seguridad, y el orden; los cuales se encuentran en permanente tensión. De este modo, la exigencia del profesor de Heidelberg se fundamenta en la conexión entre la norma, el hecho y el valor. Incluso en la formulación abierta de una crítica hacia la racionalidad legalista del derecho, siendo desplazada por una racionalidad material, basada en un constitucionalismo democrático.⁷⁵ La fórmula del derecho extremadamente injusto la elaboró en 1946, en el famoso artículo titulado “Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht” (arbitrariedad legal y derecho suprallegal), en la Revista *Süddeutschen Juristen*, de la forma siguiente:⁷⁶

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse, de tal forma que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza que tenga también preferencia cuando sea injusto o inadecuado, en

⁷⁴ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108. La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo, la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. SCHMITT, Carl, El concepto de lo político, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

⁷⁵ RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, (Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 1999, pp. 45-65.

⁷⁶ RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190. La arbitrariedad (explica el Catedrático Luis Legal y Lacambra) es la negación de la forma de derecho y negación de la justicia, en tanto que la justicia se realiza a través del derecho. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 614. La idea del derecho injusto también había sido discutida por el filósofo alemán Rudolf Stammler, tratando de encontrar una posición moderada a través de una posición relativista del derecho. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 255.

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.

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”.⁷⁷ El planteamiento de la citada fórmula adquirió una validez significativa, a raíz de numerosos casos en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía de quienes profesaban el judaísmo, y las sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual, los jueces del régimen de la posguerra tuvieron la prueba más importante que desafió al sistema jurídico y constitucional de la época, al momento de declarar nulas muchas de las normas legalmente válidas, incluso en contra de los principios jurídicos que durante décadas fueron considerados inderrotables, como la prohibición de irretroactividad de la ley en perjuicio del inculpado, pero que constituían un derecho éticamente insoportable y la invocación expresa en sus sentencias de la fórmula de Radbruch.⁷⁸ En igual sentido, se encuentra el precedente relacionado con los Centinelas del Muro de Berlín, resueltos por el Tribunal Alemán,⁷⁹ el cual abordaremos en el tercer capítulo de esta obra.

¿Es necesaria la adopción por parte del juez de alguna corriente de la filosofía ilustrada o liberal para motivar sus decisiones? ¿es posible establecer racionalmente el principio de justicia? Perelman afirma que no se puede justificar racionalmente la idea de justicia material si no existe un consenso mínimo de valores en donde se desarrolle el sistema normativo, el cual no puede ser sometido a algún criterio racional, es decir, es perfectamente arbitrario y lógicamente indeterminado.⁸⁰ Así, el cumplimiento

⁷⁷ 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.

⁷⁸ BVerfGE 3, 58; 6, 132. Ver también: ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, pp. 75-96

⁷⁹ El caso fue resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 24 de octubre de 1996. BVerfGE 95, 96.

⁸⁰ PERELMAN, CH., *De la Justicia*, (trad. Ricardo Guerra), Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, México, 1964, pp. 70-73.

del ideal de justicia a partir de procedimientos meramente descriptivos o procedimentales no es suficiente. Si queremos realmente dar sentido a las normas jurídicas y dotarlas de sustancia, es necesario acudir a la hermenéutica jurídica y a las distintas pautas para su aplicación en el derecho.

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto, evita reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.⁸¹ El círculo hermenéutico acuñado por el filósofo Gadamer, podría servirnos como instrumento para acercar la comprensión entre los elementos que componen determinada situación jurídica, a partir de un ejercicio circular de la comprensión y tratando de atisbar las dificultades de entendimiento a causa de los impedimentos que nacen de la historia y tradición de los fenómenos sociales.⁸² Asimismo, si adoptamos la hermenéutica como auxiliar en la interpretación de las normas, deberemos asimilar un concepto de horizonte, con el objeto de comprender la dinámica de las normas jurídicas al contexto social, que se encuentra siempre en perpetuo movimiento.⁸³

La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional, es la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho, y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso paulatino, de reconocimiento y consolidación de una constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos, a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional,⁸⁴ en aras de salvaguardar la justicia y la equidad.

Las constituciones son textos vivos que aspiran a ser factores de integración de nuestras sociedades. El juez constitucional tiene un papel preponderante en la conjugación de esos valores, traducidos en derechos fundamentales o principios constitucionales. El desafío de la justicia constitucional es mayúsculo, en la medida en que los problemas sociales se judicializan. Ante dichos conflictos, no es suficiente la preparación y el

⁸¹ VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (Elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 225. FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, Taurus, México, 2000.

⁸² GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, p. 68.

⁸³ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, pp. 372 y ss.

⁸⁴ TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

conocimiento de herramientas epistemológicas para la justificación interna de las resoluciones.⁸⁵ Es necesario un amplio conocimiento de las teorías de la justicia que fundamentan las propias normas jurídicas, a fin de dar una justificación externa, y con base en la axiología constitucional.

La simbiosis entre el derecho y moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional en la actualidad, se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permiten comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxilian la labor del intérprete constitucional.

Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden. El desafío que representó para el Tribunal Constitucional Federal Alemán el derecho nacionalsocialista y el ejercicio creativo por parte de los jueces sobre la invención de un derecho “extremadamente injusto”, a partir de la fórmula de Radbruch, permitió cumplir con los ideales de justicia y equidad que requería la resolución de los problemas causados por la injusticia de las condiciones económicas, políticas y sociales del régimen autocrático pasado.

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los Tribunales, resulta atractiva para los operadores jurídicos. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible.

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 orien-

⁸⁵ En la fundamentación o justificación interna, se decide si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación, es decir, la corrección de estas premisas. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997, p. 213.

tadores, tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

Por estas razones, la labor del intérprete constitucional se ha constituido el día de hoy, como uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional Democrático. La fuerza normativa de los textos fundamentales, así como del propio derecho internacional de los derechos humanos, debe orientarse hacia una labor crítica a través de la expansión y potencialización de los derechos fundamentales como principios y valores que doten de sentido todas las normas de los inferiores ordenamientos. La interpretación conforme y el control de convencionalidad son ejemplos claros de la realización de este proceso, que está siendo progresivamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales iberoamericanas. Afirmamos, sin dubios, que este es apenas el comienzo de una era de justicia constitucional que tenga por fin la concretización de los derechos fundamentales y que aspire a satisfacer los ideales de justicia y equidad, que por siglos han permanecido en la mesa de debate, pero que por su profunda dimensión e impacto en los conflictos y las relaciones humanas, siguen vigentes hoy en día.

1. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU URGENTE NECESIDAD DE RENOVACIÓN

La cuestión más importante de todas radica en identificar las causas por las cuales el modelo de las garantías individuales se encuentra agotado. Para comprender en su integridad la crisis del paradigma que hemos sometido a crítica, es necesario hablar del modelo hermenéutico-argumentativo que defendemos. Es decir, tener una base sólida a partir de la cual podamos señalar sus deficiencias y carencias, tal y como hacemos alusión en el título de este epígrafe. En este momento, por razones de método, nos debemos limitar a señalar algunas de las principales deficiencias de la teoría constitucional del modelo de las garantías individuales, desde el punto de vista histórico y de fundamentación.

Al respecto, es necesario remitirnos al papel que desempeña nuestra Suprema Corte como Tribunal Constitucional y la concepción que tiene sobre el derecho positivo. Sobre este punto, influyen un sinnúmero de circunstancias, tales como la formación de los profesionales del derecho en nuestro país. Es decir, la comprensión del derecho aún sigue conservando la concepción formalista de entender al sistema jurídico como un conjunto coherente, ausente de antinomias. Jaime Cárdenas Gracia, se ha referido al problema del atraso que tiene nuestro sistema jurídico en base a diez tesis: nuestra concepción reducida del derecho positivo y la negación de la concepción argumentativa del mismo, el positivismo excesivo

(donde predomina la subsunción en lugar de los procedimientos de ponderación), la negación de este contexto, el indebido monopolio de la interpretación constitucional por la SCJN, el desconocimiento del modelo jurídico de nuestro tiempo, la consideración de que la Constitución es un proyecto único (de una élite o grupo social vencedor, en lugar del consenso democrático), considerar que la SCJN es un Tribunal Constitucional, entre otras.⁸⁶

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.⁸⁷

El Constituyente de 1917 criticaba la enunciación romántica de los preceptos sobre derechos humanos de los legisladores de 1857, nosotros consideramos que otorgaron una solución semántica al problema que ellos enunciaban, básicamente la protección de los derechos humanos, ya que solamente cambiaron la denominación de “derechos humanos” por la de “garantías individuales”, y durante la mayor parte del siglo XX nuestra Suprema Corte estuvo subyugada bajo el predominio del partido oficial, lo que no permitió que ésta desarrollara su labor interpretativa y defensora de la Constitución.

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

⁸⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en TORRES ESTRADA, Pedro, (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, EGAP-ITESM, Limusa, México, 2006, pp. 41-65.

⁸⁷ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 187.

lidad. Me explico, tenemos la idea errónea de que los valores fundamentales, provenientes del liberalismo político que la Constitución de 1917 consagró están siendo protegidos a través del juicio de amparo por el poder judicial federal (que incluso, es uno de los pocos que resuelve más asuntos anualmente). Sin embargo, dicha protección resulta ser un espejismo formalista, lleno de ambigüedades y trampas tecnicistas, que coartan la consagración de un auténtico federalismo judicial en nuestro país. Es decir, el poder judicial federal resuelve más amparos relacionados con las cuestiones de legalidad que por cuestiones de verdadera constitucionalidad.

Creemos que es necesario que los operadores jurídicos, principalmente los intérpretes constitucionales abandonen la concepción del derecho como un mero conjunto de normas impero-atributivas, heterónomas, rígidas, y transiten hacia un modelo más flexible de derechos, tendiente a concebir a los derechos fundamentales como principios, directrices o mandatos de optimización, que serán adecuados a cada situación en particular que sea sometida ante el juez constitucional.

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

Los nuevos métodos de solución a la colisión o choque entre dos principios constitucionales que son empleados por la mayor parte de los Tribunales Constitucionales de prestigio internacional, son a partir de la ponderación y el principio de proporcionalidad, basados en una sólida hermenéutica y teoría de la argumentación, acompañada por una teoría axiológica de los derechos fundamentales. Cuestión que igualmente niega el modelo de Garantías Individuales, porque, insistimos, divide y separa en base a un positivismo rígido a la moral del derecho, sin permitir su conexión, basando en silogismos sus resoluciones, aún en los casos en que están involucrados dos principios o valores constitucionales.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD: UN DESAFÍO PARA
LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La reforma más reciente a nivel constitucional en materia de Derechos Humanos se aprobó el 8 de marzo de 2011, después de intensas discusiones y debates en el Congreso de la Unión. 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 nuestra Constitución 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 en este país, los cuales se encuentran obligados a interpretar conforme a nuestro texto fundamental todos sus actos, a fin de no vulnerar o restringir los derechos fundamentales. El primer apartado de la Carta Fundamental mexicana quedó como sigue.

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

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.

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 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.

...

En tal sentido, el objeto de esta reforma es ampliar y dinamizar el contenido constitucional con la realidad actual. El caso Rosendo Radilla (Expediente 912/2010) resuelto por la Suprema Corte a mediados del año 2011 replantea la concepción de derechos fundamentales en consonancia con la reforma constitucional y el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por segunda ocasión, sucede que el Tribunal Constitucional mexicano se ve influenciado por las decisiones del órgano interamericano, más allá de la propia exposición de

motivos y razones que el propio constituyente permanente pudo haber expuesto en la reforma constitucional.

2.1. LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la actualidad se habla de una crisis de la jurisdicción constitucional mexicana, entre otras cuestiones, por los asuntos resueltos en el amparo casación o amparo contra sentencias definitivas de los jueces locales. Aunque progresivamente, dicha función de legalidad ha sido desplazada hacia los Tribunales Colegiados de Circuito (pertenecientes de igual forma al poder judicial federal), sin embargo, la Corte en ocasiones sigue conociendo de asuntos de legalidad, en algunos casos, cuando se ejerce la facultad de atracción, por ejemplo. Precisamente, una de las principales críticas que han sido lanzadas hacia el juicio de amparo directo o casación es la confusión y ambigüedad que ocasiona a partir de la defectuosa interpretación de los artículos 14 y 16 constitucionales, y confundir de esta forma la legalidad con la constitucionalidad, dando entrada a la revisión de la mayor parte de los actos de las autoridades inferiores por cuestiones meramente procedimentales o de mínimas formalidades. En palabras del maestro Fix-Zamudio esta compleja problemática del federalismo judicial mexicano consistía o sigue consistiendo en la confusión entre las cuestiones de mera legalidad y las de constitucionalidad:⁸⁸

Una de las problemáticas más agudas que enfrenta el federalismo judicial mexicano ha sido la transformación de asuntos de *mera legalidad en cuestiones constitucionales*, durante la mayor parte del siglo XX hasta las reformas de los años 1988 y 1994. Esto fue derivado de la interpretación jurisprudencial realizada al artículo 14 constitucional. En dicha Constitución federal de 1857, por lo que respecta a la organización y funciones del Poder Judicial federal y de los estados, se establecieron dos instituciones básicas: *a)* el principio de doble jurisdicción, y *b)* el juicio de amparo para proteger los derechos humanos básicos (garantías individuales) contra leyes o actos de cualquier autoridad (artículos 101 y 102), cuyo conocimiento atribuyó a los

⁸⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Justicia Constitucional y control de legalidad en México" en CARBONELL Miguel y VALADES, Diego, *El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados)*, t. I, UNAM-IIJ, México, 2006, p. 252. Bajo este mismo hilo conductor, no encontramos, desde la perspectiva de los juristas consultados, otro país de desarrollo social y económico similar al nuestro que confunda la legalidad con la constitucionalidad y su tramitación a través del amparo casación o en contra de sentencias definitivas. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FIX-ZAMUDIO, Héctor, (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Editorial Porrúa-UNAM-III-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006; GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 2007; V. CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 2006.

tribunales federales. Sin embargo, la combinación de estas dos instituciones produjo cambios que no estaban previstos en el Constituyente, por medio de la jurisprudencia de la Suprema Corte, la que aceptó una *interpretación indebida del artículo 14 de dicha Constitución*, el cual establecía que “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exacta mente aplicables a él por el tribunal que previamente hubiese establecido la ley”, y como dicho precepto se situaba en el capítulo relativo a las citadas garantías individuales, su infracción debía considerarse como una violación constitucional cuando no se realizaba la aplicación exacta (rigurosa) de las leyes secundarias (control de legalidad), y con ello se inició la confusión entre la legalidad y la constitucionalidad, que si bien fue objeto de separación en las reformas de 1988 y 1995, todavía no desaparece por completo. Uno de los aspectos que contribuyó a aceptar esta interpretación fue el hecho de que en la carta federal de 1857 no se reprodujo, como sí ocurrió con varios preceptos de la Constitución Federal de 1824, el citado artículo 160, que era categórico sobre la competencia de los tribunales locales para aplicar hasta sus últimas instancias, las leyes expedidas por las legislaturas de los estados.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia se convirtió parcialmente en un Tribunal de Casación. En la Constitución de 1857, el texto pareciera inferir que nuestro país adoptó un *modelo difuso* de control de la Constitución. Sin embargo, a pesar de que el artículo 126 del artículo de la Constitución antes referida estuvo influenciado de manera directa por el artículo VI, sección segunda de la Constitución Norteamericana, el desarrollo de los mismos ocurrió en dos familias jurídicas distintas. Aunado a esto, cabe referir la enorme influencia en el poder constituyente de ese entonces de las ideas de la obra: “*El Federalista*”. Incluso, existen precedentes como la argumentación realizada por el destacado jurista Don Ignacio L. Vallarta, ya se habían presentado casos donde se apelaba a la voluntad de los jueces locales para que arreglaran sus fallos conforme a la Constitución Federal, incluso si contrariaban las disposiciones legales inferiores.⁸⁹

La Constitución de 1917 reubicó el artículo 126 al 133. Sin duda alguna, el principio que establecía el referido precepto es la supremacía constitucional. Sin embargo, como bien lo refiere el maestro Jorge Carpizo, uno de los principales problemas que presentó la interpretación de este artículo en sus orígenes, fue el siguiente: ¿pueden los jueces locales examinar la constitucionalidad de leyes y actos? El destacado constitucionalista argumentaba que: “cómo va el juez a aplicar la norma acorde con la Constitución, sin realizar una valoración, sin juzgar las dos normas y ver cuál de

⁸⁹ La mayor parte de los votos particulares de Ignacio L. Vallarta muestran una notable argumentación y raciocinio jurídicos. *Vid.* VALLARTA, Ignacio L., Obras completas del Lic. Ignacio L. Vallarta, (Votos que como presidente de la SCJN dio en los negocios más importantes) (edición arreglada por el Lic. Alejandro Vallarta), Cuestiones Constitucionales, 3 t., Imp. de J. J. Terrazas, San José de Gracia, 1894.

ellas es anticonstitucional”.⁹⁰ Durante el siglo XIX existieron distintos juristas y abogados que defendían la interpretación conforme a la Constitución como Castillo Velasco, Coronado, y hasta el mismo Vallarta.

Hasta antes de julio de 2011, la opinión predominante, era que, la Suprema Corte autoridades distintas a los Jueces Constitucionales del Poder Judicial de la Federación, únicamente podían “aplicar directamente la Constitución hasta el límite de lo dispuesto en una ley formal y material; es decir, sólo debían aplicar e interpretar los contenidos constitucionales”. Al respecto, puede consultarse la tesis respectiva.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU APLICACIÓN DIRECTA CORRESPONDE INDISTINTAMENTE A TODAS LAS AUTORIDADES ORDINARIAS O DE CONTROL CONSTITUCIONAL, SIEMPRE Y CUANDO NO DESAPLIQUEN, PARA ESE EFECTO, UNA LEY SECUNDARIA.⁹¹ La Constitución Federal mexicana tuvo una notable influencia de la Constitución norteamericana en la redacción del actual artículo 133 constitucional. Sin duda alguna, como lo refiere el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, la paternidad de dicho precepto proviene del artículo VI, sección segunda de la Constitución Norteamericana, sin embargo, la crianza del tal precepto se ha dado en dos tradiciones y familias jurídicas distintas. De esta manera, justifica y defiende la interpretación que ha dado la Corte del mismo, acerca de la facultad exclusiva de los tribunales federales y de la SCJN para interpretar la Constitución.

El alcance y los efectos de esta reforma constitucional han sido numerosos. El primero se refiere a la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales frente a cualquier autoridad. Esta doctrina proviene de la interpretación conforme nacida en Alemania, establecida en los artículos 1, párrafo tercero de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53.1 y 9.1 de la Constitución Española.⁹² En dichos artículos se ha establecido el

⁹⁰ CARPIZO, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 4, IIJ, UNAM, México, 1969, pp. 3-32. Vid. CARPIZO, Jorge y GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, III, UNAM, No. 97, México, 2000, pp. 9-63.

⁹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, t. F. y su Gaceta, Novena Época, XXIX, enero de 2009, tesis aislada: 2a. CLXII/2008 Página: 781. Derivada de la Contradicción de tesis 146/2008-SS, resuelta por la Segunda Sala de la Corte el 26 de noviembre de 2008. (La tesis por contradicción aludida, no constituyó jurisprudencia, ya que no resolvió el tema de la contradicción planteada).

⁹² El artículo 9.1. de la Constitución Española establece: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Mientras que el artículo 53.1 de la referida Carta Constitucional señala: *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*. Por otra parte, el artículo primero, sección tercera, de la Ley Fundamental de Bonn establece: (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

principio de vinculatoriedad y eficacia inmediata de los derechos fundamentales. Esto significa que los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos y son 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.⁹³

La interpretación de los anteriores preceptos la encontramos en el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán 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”, esto daría nacimiento a lo que denominan los alemanes la (*Verfassungskonforme Auslegung*).⁹⁴ 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 permitido una *interpretación estricta*, siempre inspirándose en la voluntad del legislador, en la medida en que se compatibilice con la Constitución.

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”.⁹⁵

Esta clase de interpretación forma parte de una clasificación más amplia que los teóricos han denominado *interpretación correctora o adecuadora*. Ésta 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

⁹³ 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.

⁹⁴ 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, Colombia, 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.

⁹⁵ 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.

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 adecuada eligiendo la interpretación conforme al principio constitucional y rechazando la otra.⁹⁶

Otro de los criterios fundamentales que han surgido a raíz de la interpretación de la nueva reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, ha sido la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla, y los debates sostenidos por la Corte mexicana para darle cumplimiento a la misma. Para este efecto, los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, se debatió el cumplimiento de esta resolución. De lo anterior, podemos enumerar diversos criterios en torno a los alcances y límites del fuero militar, decididos por una mayoría estrecha de seis votos contra cinco.

1. Los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación.
2. De acuerdo con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad en el ámbito de los derechos humanos.
3. Ese control de convencionalidad debe ejercerse por todos los tribunales del Estado mexicano.
4. En particular, los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.
5. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.
6. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar las normas relativas de derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlos en los casos concretos.

Esto es, la obligación constitucional de encontrar la interpretación más favorable a cargo de las autoridades no jurisdiccionales no implica el

⁹⁶ GUASTINI, Ricardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial" en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 6-7.

otorgamiento de facultades para realizar la declaración de inconstitucionalidad ni la desaplicación o inaplicación al caso concreto.

De esta manera, uno de los principales efectos que tuvo la resolución del mencionado Tribunal Internacional ha sido la autorización a los jueces locales para ejercer el control difuso para la defensa de los Derechos, pudiendo invocar inclusive Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De manera sustancial, destaca enormemente la cita al párrafo 339 de la referida sentencia, donde se refiere que de acuerdo a la interpretación de lo solicitado por el organismo internacional el Poder Judicial debía ejercer un control de convencionalidad en el ámbito de los derechos humanos, que debía ser efectivo para todos los Tribunales en el Estado Mexicano. Por último, la obligación para las autoridades que no ejerzan funciones no jurisdiccionales para aplicar el Principio Pro Homine en materia de Derechos Humanos, de tal forma que se encuentren obligados a aplicar las normas que más los favorezcan a los casos en particular, sin contar con la declaratoria de invalidez de las normas.

III. LA NUEVA HERMENÉUTICA JUDICIAL

La interpretación judicial ha tenido transformaciones sustanciales que han modificado la visión de la lógica formal hacia una lógica operativa, reversible, más flexible y que brinde nuevos mecanismos para la resolución de conflictos. La crisis del positivismo jurídico, relacionada con la negativa de aceptar una posible conexión entre el derecho y la moral, fue uno de los debates sostenidos durante la crisis del positivismo jurídico en el siglo pasado.⁹⁷ Dicha discusión se centró básicamente en determinar la fundamentación ética del derecho, es decir, la influencia que tenían los principios morales en el derecho positivo vigente. Este replanteamiento del positivismo jurídico ha permitido una visión más amplia y flexible del derecho así como los problemas relativos a los derechos fundamentales, en donde se encuentran involucrados principios éticos.

Desde ese entonces, la reconexión entre el derecho y la moral ha sido parte de un sinnúmero de intentos conceptuales y metodológicos en la teoría del derecho.⁹⁸ Esto lo podemos observar también en autores como Hart o Ross, quienes sostienen una corrección del derecho positivo, a partir

⁹⁷ Algunos filósofos del derecho que aceptan una conexión entre el derecho y la moral se encuentran: Garzón Valdés, Neil MacCormick, Theodor Viehweg, Santiago Nino, Joseph Raz, Robert Alexy, Pérez Luño, por otra parte, entre quienes sostienen que tal nexos no existe están: Roberto Vernego, Eugenio Bulygin, Diego Farrell, Eduardo Rabossi. *Vid.* VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1998, p. 33.

de la separación conceptual entre el derecho y la moral o aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad. Tradicionalmente, se reconocían la interpretación gramatical, lógica e histórica. Savigny afirmaba por una parte, que la interpretación lógica consistía en “la presentación del contenido de la ley en su origen y presentaba la relación de las partes entre sí”, lo que actualmente conocemos como coherencia de las normas. Por otro lado, la interpretación gramatical era una condición necesaria de la lógica y se requiere porque las normas debían ser expresadas, y en adición a ello, era necesario conocer las condiciones históricas para capturar el pensamiento de la ley.⁹⁹

En un sentido originario, el concepto de hermenéutica significa interpretar, aclarar, esclarecer, traducir. Es el arte de interpretar textos, originalmente textos sagrados. De manera general, se han distinguido tres principales clases de hermenéutica: la filológica, referida propiamente al estudio de los textos conforme a la filología; la exégesis bíblica (concerniente al texto bíblico propiamente) y la filosófica, que pretende explicar como acontece el fenómeno de la comprensión y su relación guarda con la función de interpretar un texto o un lenguaje.

En este sentido, para Gadamer el comprender “debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación”.¹⁰⁰ Con la finalidad de acercar en el tiempo este proceso comprensivo, retoma la teoría del movimiento circular del comprender del filósofo Heidegger, condicionando de esta manera la comprensión a través de la ampliación de la unidad de sentido que se pretende comprender, de tal suerte que esta comprensión se realice de acuerdo a un movimiento circular, la idea es acercar la distancia entre el tiempo y la época de lo que se pretende comprender, tratando de alcanzar un punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertinencia a una tradición.¹⁰¹

Asimismo, dicha teoría incluía el desarrollo de una teoría de prejuicios en dos: los de rehabilitación de autoridad y los de tradición. Conforme a nuestra tradición, el concepto de prejuicio nos podría parecer algo negativo, sin embargo, desde la perspectiva gadameriana, existen prejuicios legítimos, necesarios para facilitar la comprensión. Por ejemplo, en el derecho resulta necesario reconocer los prejuicios de autoridad, según los prece-

⁹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pp. 12-14.

¹⁰⁰ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 360.

¹⁰¹ GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68.

dentes judiciales emitidos por los órganos superiores (Tribunales Constitucionales).

Acorde a lo anterior, el filósofo alemán propone alcanzar su pretensión a través del principio de la historia efectual. Es decir, a través de la concientización de la situación hermenéutica. A lo anterior, Gadamer introduce el concepto de horizonte, el cual define como el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. “El horizonte es más bien algo en lo que hacemos nuestro camino y que hace el camino con nosotros. El horizonte se desplaza al paso de quien se mueve. También el horizonte del pasado, del que vive toda vida humana y que está ahí bajo la forma de tradición, se encuentra en perpetuo movimiento”.¹⁰² En este sentido, el objeto del diálogo será conocer el horizonte del otro. A través de la comprensión en el proceso de fusión de los horizontes para sí mismos; dicho en otras palabras, el texto es entendido como horizonte hermenéutico.

Una vez definido lo anterior, ¿qué podemos extraer de la hermenéutica filosófica de Gadamer que pudiera ser pertinente para elaborar una hermenéutica jurídica propia? Al respecto, nuestro pensador se ha referido a esta parte, manifestando que cuando se trate de hermenéutica jurídica, la finalidad será concretar la ley en cada caso, es decir, su aplicación. Dicho proceso se produce por medio de la complementación productiva del derecho, en donde tiene su función el juez. Es decir, frente a una estática jurídica perteneciente a un ámbito de lógica jurídica formal debe anteponerse una dinámica jurídica que supere los obstáculos del positivismo, receloso de la “subjetividad” en la interpretación.

En este sentido, la hermenéutica judicial está compuesta por aquellas Teorías de la Interpretación y Argumentación que auxilian la labor del juez para la mejor comprensión de los fenómenos jurídicos, en este caso, las normas jurídicas deben ser entendidas como “objetivaciones lingüísticas de sentido”, las cuales ayudan a motivar adecuadamente los casos expuestos ante los Tribunales, constituyéndose de esta forma en un gran auxiliar para lograr la concretización de la ley en cada caso. Lo que pretende la hermenéutica en sí, es la comprensión de los textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación, encaminado a lo que los Filósofos del Derecho se han referido por “motivación completa”, es decir, “el conjunto de elementos imprescindibles para entender como racionalmente motivada una decisión válida”.¹⁰³

¹⁰² GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, op. cit., pp. 372 y ss.

¹⁰³ DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 87.

En este proceso de comprensión y argumentación judicial, destacan distintas teorías, el distinguido Filósofo del Derecho, Manuel Atienza las ha clasificado en dos grandes grupos:¹⁰⁴ las de los precursores de la teoría de la argumentación actual, entre quienes destacan Viehweg, Perelman y Toulmin. Por otro lado, se encuentran agrupadas la teoría estándar compuesto por las teorías de MacCormick y Robert Alexy. En adición a esta clasificación, nosotros agregaríamos las Teorías del Derecho italianas como la de Taruffo, que muestran el aspecto factual de la argumentación, mejor conocido como argumentación con base en los hechos.¹⁰⁵

El surgimiento de la teoría retórica de la argumentación se basó principalmente en la necesidad de “hacer comprensible toda argumentación desde la situación del discurso”,¹⁰⁶ o como sostiene Viehweg, una forma de pensamiento situacional para la búsqueda del entendimiento. En este sentido, la retórica de Perelman puso énfasis en el estudio de las estructuras argumentativas, a partir de un análisis del lenguaje multidisciplinar, empleando los medios de las ciencias humanas, el derecho y la filosofía. En su obra principal, el filósofo de Bruselas lanza una crítica en contra de la concepción tradicional de filosofía, la idea de verdad y la teoría del conocimiento de la modernidad, sostenida por la filosofía cartesiana.

La propuesta de Perelman reposa sobre una nueva concepción de racionalidad, a partir de tres puntos clave: *a)* la rehabilitación de la opinión y el valor de la tradición, *b)* el nuevo concepto de prueba en filosofía, y *c)* una razón que se encarna en la historia.¹⁰⁷ Los términos: discurso, orador y auditorio, serán tres elementos inseparables dentro de su teoría.¹⁰⁸ El orador es quien pretende ejercer influencia por medio del discurso. El audi-

¹⁰⁴ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IJ, 2003, p. 203.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002; GUASTINI, Ricardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, (trad. Miguel Carbonell) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM-IJ, 1999, p. 20. Otros autores de la Escuela Genovesa de Teoría del derecho han clasificado al razonamiento judicial por una motivación en derecho y la motivación en hechos. Vid. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, p. 71; GUASTINI, Riccardo, “El escepticismo interpretativo revisado” y COMANDUCCI, Paolo, “Epistemología jurídica” en *Isotimia (Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica)*, México, Porrúa, EGAP-UANL, 2009, pp. 13-26.

¹⁰⁶ VIEHWEG, Theodor, “Sobre el desarrollo contemporáneo de la Tópica Jurídica”, en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 176.

¹⁰⁷ MANASSERO, María de los Ángeles, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman”, en VV. AA. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Prólogo de Pedro Serna Bermúdez), Granada, Comares, 2005, p. 21. PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Madrid, Gredos, 1989, p. 25.

¹⁰⁸ PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica, op. cit.*, p. 47.

torio el conjunto de personas a quienes se dirige dicho discurso. Lo que se busca no es solamente lograr la persuasión de este auditorio, sino conseguir su convencimiento.¹⁰⁹ Por otra parte, el auditorio particular es aquél que tiene una realidad específica y concreta, situación que resulta precisamente la del auditorio judicial. Asimismo, de acuerdo a este mismo autor, la lógica jurídica auxilia a la teoría de la argumentación, con la finalidad de fundar las decisiones judiciales y se caracteriza de la siguiente forma:¹¹⁰

1. *Carácter teleológico*: que trata de conciliar el respeto del derecho con la aceptabilidad de la solución, dicha conciliación es en relación con la jerarquía de valores que el derecho considera vigentes;
2. *Determinación o precisión de las premisas*: se refiere a la dimensión normativa y fáctica de las premisas. Es decir, se circunscribe no solamente a una lógica formal, sino a una argumentación en base a hechos;
3. *Evaluación de las consecuencias*: las argumentaciones que motivan las decisiones judiciales, buscan de alguna forma, el consenso de las partes, así como de las instancias superiores y de la opinión pública, y
4. *Carácter controversial*: la existencia de un cierto conjunto de valores que convergen en las decisiones judiciales, será resuelta a partir de los argumentos de carácter persuasivo que presente el orador ante la audiencia.

Sobre este último punto, cabe destacar que Perelman refiere que el objeto en esta argumentación judicial es acabar con el conflicto de valores existentes en determinada controversia o conflicto judicial, a través de la jerarquización de los valores que el orador considere más convenientes conforme al derecho y a la equidad. Este es el punto donde precisamente se han lanzado mayores críticas a su teoría, ya que los criterios para medir la razonabilidad del discurso, la justicia o el consenso no pueden actuar como indicadores de corrección.¹¹¹ Asimismo, se le ha criticado reducir el debate judicial convirtiendo al juez y a las partes en auditorio y orador, respectivamente. Situación con la cual estamos de acuerdo, pues en la resolución de casos judiciales no se trata únicamente de la persuasión del orador y la adhesión del auditorio, sino que la racionalidad y la calidad argumentativa de las decisiones, debe estar fuertemente sustentada en las premisas fácticas y normativas, además de la inscripción a una teoría de los derechos fundamentales determinada, con la finalidad de posicionarnos en una postura de directrices judiciales sólidas.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁰ MANASSERO, María de los Ángeles, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman”, *op. cit.*, p. 59.

¹¹¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 68.

Otra buena teoría que ha tenido aplicación práctica en el diseño de los esquemas judiciales es la del inglés Stephen Toulmin, quien desarrolló una teoría de la argumentación, a partir de la reelaboración y replanteamiento del clásico mecanismo silogístico de pensamiento. El principal aporte de su teoría reside básicamente en la crítica que realiza en contra de la lógica formal basada en el silogismo aristotélico. Desde Aristóteles, este esquema clásico de formulación de un razonamiento se basaba en una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. De tal manera, que la crítica que realiza el filósofo inglés va en el sentido de criticar la forma en que funcionan estos argumentos, es decir, la carencia de justificación y motivación de los mismos. De acuerdo a ello, propone exponer los argumentos de la manera más transparente desde el punto de vista lógico. El esquema de Toulmin está formado por los siguientes elementos:¹¹²

Pretensión (claim): consiste en la aseveración que formula el proponente, la cual si no es discutida por el probable oponente, se toma como válida y suficiente.

Razones o datos (ground): es la información recabada en caso de que la pretensión sea cuestionada. Se compone de hechos o circunstancias suficientes y relevantes para sostener la pretensión invocada.

Garantía (warrant): es aquél enunciado hipotético de carácter general invocado en caso de que las razones sean criticadas o no sean suficientes. Puede consistir en máximas de la experiencia, normas, leyes de la naturaleza o principios jurídicos; es decir los cánones estándares utilizados en la argumentación.

Respaldo (backing): se emplean para respaldar las garantías. Entonces, son aquéllos enunciados que sirven para brindar fuerza convictiva a la garantía, tales como los precedentes judiciales, presunciones legales, y aquéllos que sirvan para justificar de manera externa el contenido del argumento.

Calificativos o matizadores modales: indican la fuerza que es conferida por la garantía en el paso adaptado. Los constituyen aquéllos enunciados lógicos que sirven para matizar una idea o una argumentación en proporciones distintas.

Condiciones de excepción o de refutación: estas apuntan las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse a un lado. Es decir, aquéllas circunstancias extraordinarias que pueden debilitar la fuerza de nuestro argumento principal, por lo tanto, inciden en los calificativos o matizadores.

El esquema del pensador inglés ha sido uno de los más utilizados en el marco de la argumentación judicial, dada su extrema sencillez y facilidad.

¹¹² TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, (trad. de María Morrás y Victoria Pineda), Barcelona, Ediciones Península, 2007, pp. 132-143.

Aunque tiene una estructura lógico-formal, se desliga del tradicional silogismo categórico que no admitía refutación o excepciones. Y que además, no satisfacía hipótesis alternativas de solución a la pretensión o conclusión a la que se busca arribar en toda sentencia. Cabe precisar que el autor también hace referencia a los tipos de argumentos dentro de su esquema. Entre los principales, cabe destacar los analíticos y los sustanciales.

Los argumentos analíticos serán aquellos que dentro de su respaldo para su garantía que los legitima incluye, explícita o implícitamente la información transmitida en la propia conclusión. Mientras que los argumentos sustanciales, serán aquellos que no contienen en el respaldo para su garantía la información transmitida en la conclusión.¹¹³ En la argumentación jurídica ha sido muy útil el esquema argumentativo propuesto por el profesor inglés, realizando algunas sustituciones y procurando ciertos matices. Por ejemplo, en el caso de la pretensión, resulta ser la conclusión o la sentencia final que emitirá un juez; el respaldo, se identifica con la ley; la garantía, el principio a partir del cual tiene fuerza el respaldo; la razón, se convierte en la hipótesis factual, es decir el conjunto de hechos que soportan nuestra pretensión y que justifican nuestro interés jurídico para interponer nuestra pretensión (pruebas); los calificativos o matizadores modales, serán aquellos argumentos a partir de los cuales se pueden derrotar las normas jurídicas sometidas a discusión, y finalmente las condiciones de excepción o de refutación, podemos identificarlas como aquéllas que suelen derrotar procesalmente los hechos con los que pretendemos demostrar nuestra pretensión.

Otra de las teorías de la argumentación que nos resultan de gran relevancia para una mejor justificación de las decisiones relacionadas con los derechos fundamentales es la teoría de la argumentación de Robert Alexy. El principal postulado de este filósofo del derecho, en relación con las decisiones judiciales, es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto.¹¹⁴

La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales:¹¹⁵ a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regula-

¹¹³ TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, op. cit., p. 167.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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.

ción 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. Este mismo camino es el que refiere Karl Larenz, cuando afirma que los límites a los derechos no tienen fijados sus límites, por lo que en cierta medida, su abertura y movilidad, propician o colisionan entre sí, dado que su amplitud no se encuentra fijada de antemano.¹¹⁶

Por otra parte, la teoría de la argumentación jurídica del jurista Robert Alexy, se sitúa en torno a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental.¹¹⁷ De esta manera, el discurso jurídico queda enmarcado dentro del discurso práctico general, ya que continuamente lo que se busca es la corrección y porque los discursos jurídicos se llevan a cabo bajo condiciones limitantes (sujeción a la ley, precedentes, dogmática, plazos procesales). El núcleo de su argumentación jurídica reside en la pretensión de corrección de las proposiciones normativas únicamente puede ser fundamentado en el marco del ordenamiento jurídico vigente. A partir de esto, el jurista alemán identifica dos características principales en la fundamentación de las resoluciones judiciales:¹¹⁸

- 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.

A pesar de que la teoría del filósofo alemán se basa principalmente en una teoría discursiva y procedimental del derecho, éste busca la seguridad a través de la racionalidad, tomando en cuenta los aspectos de la realidad e institucionales, lo cual es una combinación entre los niveles filosófico, político y jurídico. En este sentido, consiente en que existe una relación entre el derecho y la moral, adoptando de esta forma una postura positivista corregida. Igualmente, Alexy realiza una distinción entre los derechos fundamentales como principios y como reglas. Por una parte, las “reglas son *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.¹¹⁹

¹¹⁶ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400.

¹¹⁷ PINTO FONTANILLO, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 389.

¹¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 87.

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”.¹²⁰ Del otro lado se encuentran los principios. Éstos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder.¹²¹ De esta manera “se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad [...] nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido”.¹²²

Alexy retoma la idea de principios de Ronald Dworkin y elabora a partir de ese postulado, toda una teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de construir un esquema argumentativo en base a cuatro elementos fundamentales: la regla, el valor, el principio y la ponderación. Las reglas para Alexy 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, el autor de Teoría de los derechos fundamentales, manifiesta la imposibilidad de dotar de un peso en específico a cada derecho en abstracto, por lo que es necesario su peso concreto a través de la técnica de la ponderación.

Otra de las cuestiones fundamentales en la comprensión de la teoría del profesor Robert Alexy, reside en su propuesta de reconexión conceptual entre el derecho y la moral, a partir de un positivismo corregido o moderado. En este sentido, queremos resaltar que la teoría del maestro no pretende quedarse en la mera elaboración lógico-formal de esquemas para la mejor resolución de conflictos a las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, sino que va más allá. Es decir, a partir de su postura reconciliadora, trata de buscar un argumento que justifique la corrección en su teoría argumentativa. Dicho argumento lo define de la siguiente forma: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto”.

La cuestión de la pretensión depende entonces de la corrección formulada por el derecho, así como una pretensión de corrección moral, de ahí la conexión necesaria entre el derecho y la 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

¹²⁰ *Ibid.*, p. 118.

¹²¹ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel, 2008, p. 19.

¹²² *Ibid.*, p. 20.

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.¹²³

1. LA FUNCIÓN DE LA HERMENÉUTICA JUDICIAL EN LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Actualmente el juez se ha convertido en la figura primordial de la interpretación y argumentación creativa para la solución de casos. Alguna vez, Zagrebelsky afirmaba que las interpretaciones de las normas a partir de una Constitución “viviente”, corren el grave peligro de aumentar la discrecionalidad del juez, sin embargo, en algunas ocasiones la discrecionalidad equivale a “politización”, lo cual resulta bastante perjudicial para el carácter “jurídico” de la justicia. Si bien es cierto que la nueva hermenéutica judicial permite al juez esa “discrecionalidad” para llevar a cabo su labor de una manera más cómoda, flexible y abierta, esta característica de “discrecionalidad”, como afirma el jurista italiano, es inherente a la interpretación que se hagan de las normas jurídicas.¹²⁴

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta en este proceso de interpretación y argumentación, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, proponemos una hermenéutica jurídica, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

Sin embargo, ¿hasta dónde le está permitido al Juez invocar principios constitucionales para motivar sus fallos? El denominado “nuevo constitu-

¹²³ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*; (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez), Granada, Comares, 2005, p. 45. *Vid.* del mismo autor: “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho” en: *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72. *Vid.* también: RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

¹²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 750; *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

cionalismo” surgido de la Segunda Posguerra ha traído consigo todo un repertorio teórico acerca de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la Constitución como una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos. En este sentido, la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la Ley Fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación, exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado. En este sentido, el “Neoconstitucionalismo” exige a los intérpretes adecuarse a ciertos cánones que resultan interesantes referir en este momento:¹²⁵

- 1) La existencia de más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas;
- 2) En la actuación judicial, cuando se trata de restricciones a los derechos fundamentales o colisión de los mismos se emplea el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad en lugar de la subsunción;
- 3) La omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes;
- 4) El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y
- 5) Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí.

En este sentido, la revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fundamentales ha resultado ser una de las fórmulas por medio de las cuales los jueces han tomado un respiro, y a través de las cuales se les ha permitido una mejor operatividad. Incluso, el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales”¹²⁶ nos han llevado, como sostendría PRIETO SANCHÍS, hacia una especie de “constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la “*boca muda*” o “*juez legislador*”; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una

¹²⁵ Hemos partido de la conceptualización realizada por Robert Alexy y la distinción que el autor alemán hace entre constitucionalismo y legalismo en el Estado Constitucional democrático de la República Federal Alemana. *Vid.* ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159-177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

¹²⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. p. 140.

simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación”.¹²⁷

Por estos motivos, creemos que la formación del juez, más allá de los conocimientos meramente técnicos, debe contar con una sólida formación hermenéutica. De lo contrario, su labor silogística o de aplicación mecánica de las normas jurídicas no tendrá la legitimación necesaria ante el contexto sobre el cual tienen repercusión las normas jurídicas. Es importante volver a reevaluar la propuesta metodológica de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. De tal forma, creemos que la proporcionalidad y la ponderación son herramientas que ya no pertenecen únicamente a la labor del juez constitucional, sino que en la actualidad, cualquier juez está llamado a cumplir con la Ley Fundamental.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PARA LA TUTELA DE JUSTICIA EFECTIVA

El principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o restricción a los derechos fundamentales. Este instrumento ha servido para descifrar el nivel de intensidad en las restricciones de un derecho fundamental. Para Robert Alexy, un principio es un mandato de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán, la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, el cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional.”¹²⁸

Siguiendo la jurisprudencia alemana y la doctrina relativa, el principio de proporcionalidad debe respetar las siguientes fases o pasos, algunos autores lo denominan *test de proporcionalidad*. De esta manera los subprincipios en la proporcionalidad son los siguientes:¹²⁹

¹²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

¹²⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido); Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, 1a. reimp. de la 2a. ed., p. 200.

¹²⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 693 y ss.

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 Constitución.

Otra dimensión de este subprincipio es la prohibición de protección deficiente. Dicho principio “se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”.¹³⁰

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 la expone Carlos Bernal Pulido en tres pasos:

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es

¹³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 139.

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.

De esta forma, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control”.¹³¹ En este contexto, el principio de proporcionalidad es empleado para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula o cláusula aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2,¹³² seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1.¹³³ Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.¹³⁴

En la misma sintonía se encuentra la concepción que realizó el Tribunal Constitucional Español. Dicho órgano señaló en el caso del “Decreto-Ley de Huelga”, sobre el contenido esencial del derecho subjetivo, puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido entonces por: “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.¹³⁵

Finalmente no deseamos pasar inadvertidas las críticas lanzadas a este modelo de proporcionalidad, acerca de la posible irracionalidad del mis-

¹³¹ MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 117.

¹³² *Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

¹³³ Artículo 53.1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),*

¹³⁴ DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-107. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano); Madrid, Dykinson, 2003.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

mo como criterio objetivo para la justificación en las resoluciones de los Tribunales Constitucionales cuando se trata de explicar los límites o restricciones a un derecho fundamental. Por ejemplo, la crítica que habla acerca de que dos personas 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. Al respecto, GUASTINI ha criticado la imposición 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 conflicto en casos futuros.¹³⁶

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.¹³⁷

Incluso, posturas como la del maestro Böckenförde, afirman que el contenido esencial de un derecho fundamental, se encuentra determinado previamente, sin tomar en cuenta los posibles choques o colisiones entre derechos o hacer posibles “ponderaciones”.¹³⁸ Por ello, creemos que el empleo de una o más teorías de los derechos fundamentales (Liberal, Democrático-funcional, Institucional, Estado Social),¹³⁹ deben conjugarse con el empleo del principio de proporcionalidad. De lo contrario, si pretendiera-

¹³⁶ Citado en: MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 161.

¹³⁷ Al respecto puede consultarse el interesante debate entre Juan Antonio García Amado, Prieto Sanchís y los aportes de Carlos Bernal Pulido en el volumen siguiente: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”; en CARBONELL, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 237-264; Vid. además: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La interpretación constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*; n° 2, febrero de 2004, pp. 37-74; “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163; GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

¹³⁸ BOROSWKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 66-69.

¹³⁹ 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), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.

mos separar la forma en que se llega a la concretización de cada contenido esencial de un derecho, nos llevaría a vaciar la correcta utilización del principio de proporcionalidad (idoneidad, adecuación y proporcionalidad) como herramienta de la hermenéutica constitucional. Ejemplo paradigmático de esta clase de conjunción es la doctrina jurisprudencial germana, y la incorporación a ésta de la teoría axiológica o teoría del orden de valores, en el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de enero de 1958, donde se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo.

En la actualidad el papel del juez en la sociedad es primordial, ya que tiene la obligación de motivar de manera suficiente y adecuada las decisiones de los problemas que le presentan los justiciables. De esta manera, su responsabilidad, más allá de exigir una simple técnica vacía, lleva implícito también un compromiso ético, ya que la justificación de sus decisiones se encuentra ineludiblemente unida hacia el respeto de los valores y principios constitucionales.

El compromiso del juez en la sociedad sobre su conocimiento y capacitación en este nuevo siglo, no debe reducirse a los aspectos lógico-formales del pensamiento. Dicho en otras palabras, la estructura de sus resoluciones judiciales no debe limitarse a la aplicación meramente silogística y mecánica del derecho, sino que debe hacer uso de las herramientas que la epistemología jurisprudencial le ofrece. Tal y como propusimos, es necesario que en esta nueva hermenéutica jurídica y este nuevo constitucionalismo, pueda brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

El desafío se vuelve mayúsculo cuando el juez constitucional se enfrenta a Casos Difíciles que involucran principios éticos o morales. Situaciones como el aborto, la eutanasia, el matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo, entre otros, exigen de los jueces una motivación adecuada y razonable. Si bien es cierto que es complejo determinar hasta qué punto podría considerarse razonable un argumento, existen técnicas que nos ayudan a estructurar de la mejor forma posible, las limitaciones a los Derechos Fundamentales y los problemas éticos que subyacen a los mismos, tal y como resulta ser el Principio de Proporcionalidad.

En este sentido, este instrumento de la hermenéutica constitucional auxilia a estructurar el razonamiento judicial a partir de tres fases o pasos explicados en este capítulo. El primero trata de buscar la adecuación o idoneidad de la medida constitucionalmente legítima del fin que pretende perseguir la norma que restringe un derecho fundamental. El segundo paso, consiste en la búsqueda de alternativas menos gravosas que restrinjan en

menor grado el derecho que se pretende lesionar con esa afectación. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o mejor conocida como “ponderación”, busca medir la intensidad de la afectación de cada derecho o principio constitucional que resulta afectado, y de esta manera, ponderar o balancear dichos principios confrontándolos ante sí mismos.

Cabe mencionar que el principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento cotidiano para la resolución de casos por la justicia constitucional. Sin embargo, el empleo del mismo por los jueces, no debe convertirse en una técnica o instrumento vacío, sino que debe ser complementado con la hermenéutica judicial y una teoría material de los derechos fundamentales. Es decir, el juez se encuentra ineludiblemente obligado, al momento de plantear la resolución a un conflicto a partir de este principio, a invocar los principios constitucionales que subyacen al problema planteado, pero esto sólo puede lograrse a partir de un conocimiento y la capacitación judicial adecuada, humanística, integral, que adecue las realidades y necesidades actuales con la epistemología jurídica contemporánea.

Asimismo, estamos convencidos que la postura argumentativa que más se adecua a la resolución de los problemas presentados ante la justicia constitucional en la actualidad, es la teoría de la argumentación fundamentada en la razón práctica, específicamente, cuando se corrigen vulneraciones o violaciones a los derechos humanos, ya sea que se potencialicen los principios constitucionales que los favorezcan, o bien, restringiendo en la medida de lo posible, aquellas situaciones que los perjudiquen. Desde esta perspectiva, nos enmarcamos dentro de una postura moderada o corregida del positivismo jurídico.

Creemos que la justicia constitucional debe ir a la par de los cambios que plantea la sociedad moderna, y a sus progresos científicos y técnicos. No se trata de convertir al derecho como un obstáculo al progreso social, sino transformarlo en un facilitador no subordinado, pero sí flexible y ágil para solucionar los conflictos que son resueltos en los Tribunales judiciales. Sin embargo, ello no será posible sin la capacitación y el conocimiento judicial adecuado. Reiteramos, la postura integral del operador del derecho en el siglo XXI debe ser integral: una sólida formación hermenéutica que le permita la comprensión holística de los problemas planteados y una argumentación sólida, que le permita motivar sus decisiones a partir de valores y principios constitucionales. El principio de proporcionalidad como técnica judicial y como instrumento de la razón práctica, resulta ser una excelente vía para cumplir con estos propósitos.

CAPÍTULO II

UN MODELO HERMENÉUTICO-ARGUMENTATIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA

Este capítulo tiene como objeto el estudio de precedentes constitucionales resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de Tribunal Constitucional, en los cuales identificamos elementos que demuestran el reconocimiento y adopción de un modelo hermenéutico-argumentativo para la defensa de los derechos fundamentales, y cuyo tratamiento hemos realizado en el capítulo anterior.

La selección de precedentes o casos a estudiar en este apartado, pretende circunscribirse en el modelo antes señalado. Para verificar nuestra hipótesis, y demostrar que nuestro modelo teórico-práctico de hermenéutica y argumentación constitucional puede tener efectividad en la resolución de casos difíciles, sometidos ante la magistratura constitucional de nuestro país, realizaremos una investigación jurisprudencial, en base al análisis de casos paradigmáticos o emblemáticos que han sido resueltos por nuestro más alto Tribunal, identificando de esta manera los principales elementos de estas resoluciones y que coinciden con los elementos del modelo propuesto.

En síntesis, la finalidad de este primer capítulo de análisis jurisprudencial consiste en crear los vínculos a partir de las premisas fácticas y normativas de cada caso, ya que se trata de situaciones similares, y de esta manera, resolver con una metodología mejor elaborada casos constitucionales. Asimismo, a partir de estas constantes, elaboraremos herramientas a través de las cuales podamos detectar por qué el modelo de las Garantías Individuales resulta insuficiente en la actualidad para justificar y motivar adecuadamente las resoluciones que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se trata de la restricción o limitación a los derechos fundamentales, especialmente en los casos difíciles. Lo anterior, en razón de que el modelo de Garantías Individuales tiene un fuerte arraigo formalista y un positivismo rígido, que restringe el ámbito de tutela de los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, a partir de un deficiente sincretismo metódico y una errónea conceptualización de la teoría constitucional.

I. METODOLOGÍA EMPLEADA EN EL ANÁLISIS DE PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

El enfoque por medio del cual pretendemos analizar los casos judiciales en los sucesivos apartados es a partir de la doctrina del precedente judicial, a diferencia de nuestro país, donde el reporte de la jurisprudencia es en base a tesis. Explico, en México el sistema funciona a partir de la incorporación de meras abstracciones obtenidas de las sentencias emitidas por el Poder Judicial Federal, convirtiéndose propiamente en una especie de codificación de las sentencias, en lugar de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, dejando de lado el verdadero contexto constitucional a partir del cual surgen.¹

En este sentido, somos de la opinión que nuestro sistema constitucional se encuentra obligado a transitar hacia un modelo más flexible de mera jurisprudencia constitucional a otro de doctrina jurisprudencial, donde la construcción conceptual y metodológica ocurra a partir de la identificación del contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles. De igual manera, creemos que aún existen en el sistema constitucional mexicano graves deficiencias relacionadas con los asuntos de legalidad que aún son vistos por la Suprema Corte, en su calidad de Tribunal Constitucional, y que de alguna forma, interfieren en el normal y más efectivo desempeño de su labor como defensor de la Constitución, debilitando su capacidad de difundir los precedentes de mayor relevancia.

Dicho esto, el análisis que realizaremos en los dos sucesivos capítulos será a partir de la teoría de los precedentes constitucionales. Desde la perspectiva del derecho anglosajón, el respeto al precedente va más allá, por medio del diseño de reglas y principios, de acuerdo a las situaciones y circunstancias específicas de cada caso.² Lo anterior, en razón de que la

¹ El Maestro Manuel GONZÁLEZ OROPEZA ha denunciado esta falta de sistematización en la jurisprudencia constitucional mexicana, advirtiendo que la reiteración de cinco ejecutorias, que a su vez derivan en las tesis, únicamente se dedican a abstraer los principios sobre los que se deciden esos casos particulares, modificando la intención original de los creadores del Semanario Judicial de la Federación. En adición a lo anterior, añade que desde 1988, las tesis han sido definidas por la misma Suprema Corte como criterios abstractos de interpretación de las normas jurídicas aplicadas a los casos resueltos, que prescinden de los datos concretos que inspiraron la resolución, descartando la obligación de resumir las resoluciones que se derivan las tesis de jurisprudencia. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67.

² BIX, Brian, *Jurisprudence (Theory and context)*, Carolina Academic Press, Durham, Carolina, 2009, p. 148. El profesor Michael Gerhardt por ejemplo, ha diseñado lo que él denomina como: “la regla de oro del precedente”, y se refiere precisamente a la dinámica constitucional concerniente a la conexión que deben tener los jueces con los precedentes, a pesar

doctrina del precedente busca que los jueces puedan “encontrar un punto de equilibrio entre sus intuiciones de justicia en casos concretos, por un lado, y los principios generales que permiten justificar las decisiones alcanzadas en casos particulares”.³ En este sentido, creemos que una verdadera doctrina jurisprudencial debe lograr la concretización de los principios de justicia en sus resoluciones constitucionales con la finalidad de lograr las ideas de justicia política de una comunidad determinada.⁴

En este sentido, la selección de casos se ha basado en criterios de trascendencia y relevancia, ya sea porque sea la primera vez (en la mayor parte de ellos) que nuestro máximo Tribunal se pronuncia al respecto, y otros, por el enorme impacto en el aspecto económico, político y/o social en nuestro país. Identificado concretamente en temas como: fuero militar, retenes militares, tutela de justicia efectiva, debido proceso, aborto, genocidio, cambio de sexo y principio de proporcionalidad.

De tal forma, creemos que el sistema constitucional en nuestro país se encuentra en la fase fundacional o de sentencias fundadoras de línea, cuando se refiere a principios como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, principio de proporcionalidad, límites a la libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, extensiones y límites al principio de igualdad. Esto, sin duda alguna, creemos que ayudará en gran medida, en la construcción de precedentes constitucionales fuertes para la creación de una teoría constitucional mexicana de precedentes vinculantes. Entendiendo por teoría constitucional el “esfuerzo por justificar un conjunto de prescripciones acerca de cómo deben decidirse los casos constitucionales controvertidos”⁵ y por precedente vinculante, “aquéllas decisiones que dentro de ciertos patrones fácticos conservan la fuerza gravitacional sobre casos análogos por sus hechos y circunstancias”.⁶

De manera simultánea, al estudio descrito en los párrafos anteriores, realizaremos un análisis jurisprudencial de los mismos temas que han sido resueltos por otros Tribunales Constitucionales comparados e internacionales en materia de Derechos Humanos. Hemos elegido principal-

de las experiencias, preparación y temperamento con el que ellos mismos impregnen sus fallos. GERHARDT, Michael J., *The Power of precedent*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 79.

³ FERRERES COMELLA, Víctor, “Estudio introductorio” en SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana)*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁴ SAGER, G. Lawrence, *Juez y democracia*, *op. cit.*, p. 38.

⁵ STRAUSS, David A., *What is constitutional theory?*, in *Modern constitutional theory (A reader)*, ALEINIKOFF, t. Alexander, *et al.*, Thomson West, 1999, p. 12.

⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces (Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial)*, Legis-Universidad de los Andes, p. 109.

mente el modelo de los Tribunales Constitucionales de España y Alemania respectivamente. Sin embargo, también incluiremos resoluciones de Tribunales de otros países, así como Tribunales Internacionales en materia de Derechos Humanos. Este estudio se justifica a partir del empleo del mismo modelo hermenéutico-argumentativo, pues a partir del empleo del principio de proporcionalidad y otras instituciones constitucionales se resuelven cotidianamente los conflictos que limitan o restringen los derechos fundamentales.

La aplicación de nuestro método de la investigación en ciencias sociales pretende esclarecer estos procesos ocurridos, además de brindar una comprensión crítica que elimine criterios de impureza y confusión metodológica que impregnan continuamente los círculos no ilustrados de la comunidad jurídica. En este sentido, a través del *método analítico y de derecho comparado*, buscaremos sistematizar el material jurídico seleccionado y emplear el conocimiento de otros sistemas, con la finalidad de desarrollar un proceso cognoscitivo claro y suficiente que pueda responder a las necesidades y realidades constitucionales de nuestra sociedad contemporánea.

II. LOS DERECHOS TAMBIÉN SON PRINCIPIOS: AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008 (SCJN); AMPARO EN REVISIÓN 2/2000; ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/98, CASO TEMIXCO (CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 31/97) Y CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 91/2003 (CASO FOBAPROA)

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

La construcción teórica creada por el jurista alemán Robert Alexy y el diseño creado por el iusfilósofo americano Ronald Dworkin, han sido hasta el momento, los principales modelos que se han incorporado desde la filosofía del derecho a la teoría constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido, la teoría distingue tres principales elementos: las reglas, los principios y las directrices. Las reglas, como ya decíamos en el capítulo anterior, son aquéllas que se cumplen o no, es decir, no admiten otra interpretación. Mientras que los principios son mandatos de optimización, dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. Por este motivo, la visión de Alexy, a la cual adherimos, manifiesta la necesidad de concreti-

zar y dotar de un peso específico a cada derecho fundamental de acuerdo al caso en particular que se presente.⁷ En último término, las directrices constituyen aquéllos estándares propios del poder legislativo que constituyen los objetivos que deben ser alcanzados por las normas creadas por el legislador, debido a que éstos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.⁸

Como podemos percatarnos, la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sido ajena a esta concepción de derechos a partir de principios. En este sentido, se encuentran los precedentes constitucionales como el amparo directo civil 6/2008, el amparo en revisión 2/2000, la acción de inconstitucionalidad 6/98, el Caso Temixco (Controversia Constitucional 31/97) y la Controversia Constitucional 91/2003 (Caso FOBAPROA).⁹ Todos ellos tienen algo en común, y es que en cada uno de ellos la Suprema Corte ha reconocido la existencia de ciertos valores jurídicos superiores existentes en el ordenamiento constitucional como ejes rectores en el Estado Constitucional. Comenzaremos su estudio siguiendo un orden cronológico y posteriormente pasaremos a la fase comparativa de la teoría del orden de valores objetivos que ha seguido la doctrina jurisprudencial alemana.

El primer caso resuelto que citamos en este apartado fue la acción de inconstitucionalidad 6/98, resuelta el 23 de septiembre de 1998, concerniente a la impugnación de distintas normas del Código Electoral del Estado de Quintana Roo, teniendo como actor el Partido de la Revolución Democrática, en contra de las reformas al código referido, porque resultaban contrarias al principio de proporcionalidad.

Bajo esta tónica, la resolución citada, en su considerando décimo, por medio de la hermenéutica constitucional, los ministros infieren la existencia de un conjunto de valores que circundan al principio de proporcionalidad. Al respecto, la parte conducente dice:

Ahora bien, considerando los diferentes métodos o modelos que pueden aplicarse para hacer vigente este principio de representación proporcional, en el sistema electoral mexicano sus bases generales se instituyen en el artículo 54 de la Constitución Federal, de cuyo análisis se llega al convencimiento de que la proporcionalidad en materia electoral, más que un principio, constituye un sistema compuesto por bases generales tendentes a garantizar de manera efectiva la pluralidad en la integración de los órganos legislativos, permitiendo que formen parte de ellos candidatos de los partidos minoritarios, e impidiendo, a

⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86.

⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 60 y ss.

⁹ Cabe referir que estos tres últimos casos ya habían sido analizados y referidos por el maestro José Ramón Cossío, en su obra: *La Teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Fontamara, 2002, p. 149.

la vez, que los partidos dominantes alcancen un alto grado de sobre-representación. Esto explica por qué, en algunos casos, se premia o estimula a las minorías y en otros se restringe a las mayorías. Por tanto, el análisis de las disposiciones que se combatan en esta vía constitucional, debe hacerse atendiendo no sólo al texto literal de cada una de ellas en lo particular, sino también al contexto de la propia norma que establece un sistema genérico con reglas diversas que deben analizarse armónicamente, pues no puede comprenderse el principio de proporcionalidad atendiendo a una sola de éstas, sino en su conjunto; además, debe atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor de pluralismo político que tutela, a efecto de determinar si efectivamente la disposición combatida inmersa en su contexto normativo hace vigente ese principio conforme a las bases generales que lo soportan.

De acuerdo a lo anterior, podemos apreciar el reconocimiento explícito por los juzgadores de una existencia o conjunto de valores en torno al principio de proporcionalidad, específicamente el valor del pluralismo político. Dicho principio ha merecido un tratamiento especializado, no solamente por encontrarse consagrado expresamente en el ordenamiento constitucional, sino también en su jurisprudencia, como es el caso del Tribunal Constitucional Español. Cabe referir que incluso en aquél país, en ocasiones su empleo ha sido meramente retórico, “como acompañamiento terminológico o estético del fundamento de la resolución”,¹⁰ mientras que en otras ocasiones, ha formado parte de la motivación en el fallo final adoptado por el Tribunal Constitucional.

En la situación que merece nuestro análisis, observamos que dicho fundamento en la acción de inconstitucionalidad analizada, nuestro máximo Tribunal lo utiliza como uno de los ejes fundamentales para motivar su fallo, toda vez que se puede advertir en el análisis de fondo, contenido en el considerando décimo segundo lo siguiente:

Como ya se dijo en el considerando Décimo, los preceptos impugnados no deben analizarse de manera aislada sino adminiculados con los demás que en

¹⁰ Al respecto, nos refiere el profesor J. Javier SANTAMARÍA IBEAS, que cuando dicho valor ha sido empleado como fundamento de las resoluciones ha sido en cuatro campos distintos: a) dotando de una amplia capacidad al legislador sobre cualquier materia; b) el pluralismo como técnica jurisdiccional objetiva que permite la determinación de la composición que han de tener los órganos colegiados cuando éstos no son representativos; c) en relación con otras libertades individuales, como la libertad de expresión; y d) como concepto clave para diseñar e interpretar el papel que en nuestro sistema jurídico le corresponde desempeñar a los partidos políticos. SANTAMARÍA IBEAS, Javier J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político)*, (prólogo de Gregorio PECES-BARBA), Dykinson-Universidad de Burgos, 1997, Burgos, pp. 361-362. ORZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, (prólogo de Pablo LUCAS VERDÚ), Facultad de Derecho-Universidad de Granada, 2003, Granada, pp. 330-340.

su conjunto reglamentan la asignación de diputados por el principio de representación proporcional, pues en lo individual cada numeral visto de manera independiente y particularizada, pudiera hacer suponer que es contrario a las bases generales que regulan el aludido principio; en cambio, concatenados entre sí, como parte de un sistema general, confluyen para la obtención de un resultado final en el que la aplicación de cada regla asegura el fin último buscado que es la participación plural mediante la asignación proporcional de las curules.

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

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

[...]

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

En este sentido, creemos que este es uno de los casos en los cuales la Suprema Corte reconoce de manera expresa la existencia en la Constitución de valores jurídicos superiores, y a partir de éste, específicamente el de pluralismo político, extiende el concepto de representatividad política para delimitar cuando resulta proporcional la representación político-electoral. Es decir, concluye que a pesar de que si bien es cierto, las leyes electorales exigen un porcentaje mínimo de votación, esto no significa que los partidos minoritarios sean dejados de lado en puestos de elección popular, sino que el mismo sistema de representación proporcional es el que ayuda finalmente a que no haya predominio de partidos mayoritarios. Por

este motivo, consideramos que la motivación principal para decidir sobre la constitucionalidad del referido artículo fue soportada por la interpretación obtenida a partir del principio de representación proporcional.

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

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

De este modo, en el ejercicio del control constitucional no es la connotación política del acto de poder el problema central de la hermenéutica que debe realizarse, pues partiendo del hecho de que el texto constitucional refleja un sistema de valores que en ocasiones pueden presentar ambigüedades, fórmulas genéricas de contenido indeterminado o muy discutibles e incluso contradictorias, el órgano de control está llamado a actualizar e integrar los valores imperantes en la Constitución, salvaguardando el lugar en que se encuentran dentro del sistema jurídico nacional, pues será siempre la decisión del tribunal constitucional una opción jurídica, aun cuando tenga un contenido político, pues la resolución siempre tendrá que emitirse y apegarse al derecho primario.

A diferencia de la anterior resolución, la Corte no termina por precisar cuáles serían esas fórmulas genéricas de contenido indeterminado o sobre la existencia de valores que está obligada a delimitar, precisar e integrar. Como decíamos líneas arriba, en este caso, nuestro máximo Tribunal lo utiliza como simple ornamento o recurso de estilo, sin conseguir la suficiente profundidad argumentativo-constitucional que se requiere para ampliar o delimitar ese sistema de valores contenido en la Constitución.

Situación similar ocurre en el Caso FOBAPROA, éste se refiere a la controversia constitucional 91/2003, resuelta el veintitrés de junio de dos mil cinco, interpuesta por el Poder Ejecutivo Federal en contra de la Cá-

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

La litis en el presente asunto, se limitaba a determinar si la exigencia de parte de la Auditoría Superior de la Federación sobre una serie de recomendaciones, a través de distintos oficios, realizadas hacia el Ejecutivo Federal sobre el seguimiento y fiscalización de los recursos del FOBAPROA, constituían una violación al principio de división de poderes, y por consiguiente, invadían la esfera de competencias.

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

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

Lo que queremos decir con la cita anterior, que a pesar de la concepción material de constitución y el entendimiento que realiza la Corte sobre los derechos fundamentales como principios de carácter objetivo, nos parece pobre el argumento final, establecido como premisa para soportar el análisis posterior de la constitucionalidad de los oficios emitidos por la Auditoría Superior de la Federación, al establecer que los derechos fun-

damentales o “garantías de fundamentación e irretroactividad (indisolublemente relacionados con los principios de interdicción de la arbitrariedad, exacta aplicación de la ley y seguridad jurídica)” iban a ser interpretados como “principios de exacta aplicación de la ley y seguridad jurídica”.

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

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

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

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

mentó que se había violentado el precepto constitucional que protege el derecho fundamental a la privacidad.

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

Cabe destacar que en esta resolución la Corte extiende significativamente el concepto o significado que da a los principios, identificándolos como principios universales. Para tal efecto, reseña un conjunto de ejemplos, entre los que destacan los establecidos en los numerales 2, 4, 27 y 31 de la Constitución mexicana. Es decir, para la Corte mexicana, dichos artículos imponen un deber de hacer o no hacer dirigido a los particulares, más no a las autoridades. Tal y como sucede con la prohibición de esclavitud, el derecho a los menores a su alimentación, salud y educación; el artículo 27, cuando hace referencia a la propiedad originaria de las tierras; y finalmente el artículo 31, en sus fracciones I y IV, al establecer las obligaciones impuestas a los mexicanos, “hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas para obtener educación” y “contribuir a los gastos públicos de la federación, estado y municipios”.

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

Por otra parte, se encuentra el Amparo directo civil 8/2010, resuelto el seis de enero de dos mil diez. Cabe mencionar que en este apartado, únicamente nos referiremos a la concepción a partir de principios que realiza la Corte, ya que esta misma resolución será objeto de análisis en el apar-

tado correspondiente sobre el libre desarrollo de la personalidad. El asunto trata básicamente de la impugnación hecha por una persona transexual, consistente en una anotación marginal que ordenaron los juzgados civiles en su acta de nacimiento, donde se establecía que había cambiado de identidad, evidenciando de esta forma su condición de transexual a terceras personas, violando así los derechos fundamentales a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, dignidad humana, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud, según los mismos ministros.

Sobre esta resolución queremos destacar dos situaciones. La primera se refiere al reconocimiento de dos principios fundamentales: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, ya que a partir de estos dos principios fundamentales se argumenta la existencia de parte de la autoridad civil violaciones a la vida privada e intimidad del recurrente. Incluso, es citada la jurisprudencia comparada, con la finalidad de fortalecer los argumentos de la Corte.

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

De esta manera, algunos autores señalan que, de la dignidad humana se deriva la teoría de los derechos de la personalidad, que componen un sector, dentro del más amplio de los derechos humanos, en el cual se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

Como podemos observar, es una de las pocas ocasiones, en que la Suprema Corte acude a una verdadera sistematización en torno a una concepción de derechos fundamentales como principios. Pero más importante aún, es a partir de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, donde se desprenden el resto de los derechos fundamentales. A continuación realizaremos una visión comparada con lo que ha hecho la doctrina jurisprudencial alemana, particularmente analizaremos la sentencia del caso Lüth, resuelta por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la cual marcó un hito muy importante en la concepción de los derechos fundamentales y el orden objetivo de valores.

1. EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES CONFORME AL FALLO LÜTH
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN
(TFCA) BvF 7,198

En el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de Enero de 1958, se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película “Unsterbliche Geliebte” (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan.¹¹ La sentencia del Tribunal Constitucional consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Harlan por considerar esos llamados al boicot no estaban amparados por la libertad de expresión. De igual forma, se empleó la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) para fundamentar el fallo referido, recordando algunos precedentes del Tribunal Laboral Federal Alemán.

En el fallo Lüth el Tribunal acudió a la valoración objetiva de los valores que estaban involucrados en el caso. En primer término, se trataba del incumplimiento al artículo 826 del Código Civil, que imponía como sanción una indemnización por haber infringido las buenas costumbres. El Tribunal consideró que era necesaria la ponderación entre los dos bienes jurídicos en conflicto: el derecho a expresar opiniones, frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que podían resultar violados con el ejercicio del primer derecho. Ahora bien, el ejercicio de ponderación no consistió propiamente como el que hoy día conocemos para resolver el conflicto entre dos principios constitucionales, sino que más bien, trato acerca de restringir o limitar en menor grado el derecho fundamental de libertad de opinión del promovente, algo así (aunque en menor grado) como una especie de test o principio de proporcionalidad.

En el primer extracto de esta sentencia se lee en el punto 1:

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos funda-

¹¹ El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba: “Dulce judío” (Jüd Suß), en 1940. *Vid.* GARCÍA AMADO, Antonio, “Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo”, en PUY, F., ROVIRA, M.C., *et al.*, (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44; GARCÍA AMADO, Antonio, “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 19-45.

mentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

Más adelante, los magistrados de aquél órgano constitucional, advierten en el párrafo 27, de la referida sentencia, lo siguiente:

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

[...]

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

De esta manera, tal y como hicimos énfasis en la parte justificativa de la sentencia, son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad los dos principios fundamentales a partir de los cuales se estructura el ordenamiento jurídico. Quizá llame nuestra atención el tardío desarrollo de estos principios por la jurisprudencia mexicana (apenas en 2010). Pero insistimos, la directriz argumentativa fundamental a partir de la cual se razona en el proyecto sobre la existencia de un conjunto de derechos fundamentales, resulta muy similar a la empleada por la doctrina jurisprudencial alemana. Dicho lo anterior, pasemos al análisis de uno de los principales instrumentos para la solución de conflictos y limitación a los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad.

III. EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES O RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

El empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales tiene un retraso bastante notable en la jurisprudencia constitucional mexicana. Es decir, su reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la

Nación ha sido tardío, a través de una jurisprudencia aprobada en 2007, a raíz de distintos casos. Dicho reconocimiento y aplicación ha sido escaso aún para la solución de casos difíciles por nuestro más alto Tribunal.

Pero lo que más llama nuestra atención, es quizá la combinación del modelo americano y el modelo de Europa continental del principio de proporcionalidad, ya que mientras para el primero dicho principio se deriva de la cláusula del debido proceso, para el modelo europeo tuvo su origen en el derecho de Prusia, especialmente con el empleo debido de la fuerza pública, pero es a partir de la jurisprudencia europea de la segunda posguerra cuando comienza adquirir los rasgos que hoy lo distinguen, a partir de la interpretación que ha realizado especialmente el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Por tanto, el análisis que haremos en los siguientes apartados será de los distintos casos que dieron origen a las jurisprudencias y a la tesis aislada sobre el principio de proporcionalidad. La primera jurisprudencia fue aprobada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas en 2007, mientras que la segunda pertenece al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Si bien es cierto que no analizamos casos en materia político-electoral, nos interesa debido a que dicho órgano judicial ha extendido el empleo de dicho principio al ámbito del procedimiento administrativo-sancionador. Finalmente, existe una tesis aislada que habla igualmente sobre el aludido principio, y que de alguna forma, se acerca al criterio de la jurisprudencia mencionada.

1. CRITERIOS DE LA SCJN Y EL TEPJF SOBRE EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LIMITAR O RESTRINGIR LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La primera jurisprudencia a analizar fue aprobada en dos mil siete, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su contenido es el siguiente.

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.¹² De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: *a)* perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; *b)* ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; *c)* ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, *d)* estar justificada

¹² Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Desde nuestra perspectiva, existen distintos elementos que resultan indispensables destacar. El primer de ellos es el término de Garantías Individuales y no el de derechos fundamentales. Creo que desde el inicio se define la postura de los ministros ponentes que participaron en los casos que integran esta tesis. Es decir, una visión positivista, anclada aún en la falsa visión garantista de los derechos y en una errónea conceptualización de las garantías constitucionales proveniente del constituyente de 1917. A pesar de las imprecisiones conceptuales y metodológicas, podemos destacar los principios de razonabilidad y proporcionalidad utilizados por los ministros para limitar o restringir las “garantías individuales”. De la tesis aludida podemos destacar los subprincipios analizados en el capítulo previo de este mismo trabajo.

1. El subprincipio de idoneidad. Es decir la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima para alcanzar un fin. En esta jurisprudencia se divide en dos elementos el referido subprincipio.
2. El subprincipio de necesidad. Que en el logro de la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la norma o el acto de autoridad no implique una carga desmedida o injustificada para el gobernado.
3. El subprincipio de proporcionalidad. Dicho elemento se encuentra ausente en la citada jurisprudencia. Incluso, como lo demostraremos líneas adelante, se confunde el subprincipio de proporcionalidad con el de necesidad.
4. Finalmente la tesis incluye un elemento adicional: el principio de razonabilidad. Es decir, que se encuentre justificado en razones constitucionales. Si bien es cierto que en algunas ocasiones para la tradición continental europea dicho subprincipio se pudiera subsumir en el subprincipio de necesidad, pero sin dejar estar dentro del principio de proporcionalidad, para nuestra Suprema Corte, se encuentra separado, o al menos eso se puede inferir de la separación realizada al rubro de la misma tesis jurisprudencial, al establecer: “Debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.

Desde la perspectiva del derecho comparado, el principio de razonabilidad tiene mayor raigambre en el modelo americano de test de balanceo o principio de proporcionalidad. En un inicio, la razonabilidad se constituye como un test menos exigente, “que ya no requerirá la minimización en la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda”.¹³ Nosotros creemos

¹³ DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 114.

que la inclusión del principio de razonabilidad en la mencionada jurisprudencia no tiene un fundamento metodológico válido, debido a lo siguiente.

En primer lugar, la tradición que decidió seguir la Corte para invocar al principio de proporcionalidad como instrumento para que una restricción a una “garantía individual” sea válida fue la del modelo continental europeo y no la del modelo americano. Ahora bien, si pretendía fusionar los dos principios incurre en otro error, al argumentar al final de la tesis, que es a partir del principio de legalidad donde tiene o adquiere vigencia el principio de proporcionalidad, añadiendo: “con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.” De alguna forma, este último argumento pudiera salvar el resto, ya que se invoca la interdicción de la arbitrariedad o el exceso de poder, como lo ha realizado en ocasiones el modelo español, sin embargo, creemos que dicha invocación es meramente retórica, pues el principio de legalidad en nuestro sistema constitucional ha merecido una interpretación distinta a la que se ha realizado de acuerdo a otros estándares comparados y de derecho internacional, en donde se entiende como debido proceso.

En segundo término, y continuando con la idea del principio de razonabilidad, creemos que el hecho de que se haya seguido el modelo americano tampoco tiene fundamento ni bases metodológicas claras. Me explico, el principio de razonabilidad, conforme al modelo de la Corte Suprema de Estados Unidos tiene su origen en la interpretación que la misma Corte ha realizado sobre la cláusula del debido proceso sustantivo y adjetivo (*due process of law*) contenida en la enmienda cinco y catorce de aquél país.¹⁴ Es cierto que el término “proceso” hace referencia al procedimiento, lo que de alguna forma se identifica con las formalidades del proceso, pero desde la perspectiva americana, la dimensión sustantiva del debido proceso sostiene que algunas libertades son esenciales y que el gobierno no puede limitar por cualquier proceso, es decir, tiene un elemento sustantivo, como pudieran ser la presunción de inocencia, la prohibición de pruebas ilegales en el juicio, una defensa adecuada, a la no autoincriminación, etc.¹⁵ Mientras que para el modelo mexicano, el principio de legalidad es el que fundamenta la proporcionalidad y razonabilidad jurídicas, siendo que el principio de legalidad por tradición, ha sido entendido en nuestro sistema judicial como: “formalidades esenciales del procedimiento”, haciendo referencia únicamente al proceso adjetivo, es decir, estar notificado

¹⁴ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

¹⁵ MURPHY, Walter F., FLEMING, James E., *et al.*, *American constitutional interpretation*, Thomson West-Foundation Press, New York, 2003, pp. 1148-1149; FISHER, Louis, *American constitutional law*, Carolina Academic Press, Carolina, 2003, pp. 659 y ss.

de la acusación o cuestión que se demanda, aportar pruebas, tener un juicio y el dictado de una sentencia por escrito. Ahora bien, si la intención era ampliar el contenido del principio de legalidad, lo más razonable hubiera sido expresarlo en otra jurisprudencia o ahondar en ésta para redefinir la concepción del mismo. Dicho lo anterior pasará al análisis de los precedentes que dieron lugar a esta jurisprudencia.

Se trata de cinco amparos en revisión,¹⁶ la mayor parte de ellos hacen referencia a un caso relativo a varios militares con VIH que fueron separados del ejército mexicano por haber contraído dicha enfermedad, pues la fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas establecía como causa de retiro: “Quedar inutilizado en actos fuera de servicio”. Ubicamos a partir del considerando cuarto, la argumentación a través de la cual creemos que se da entrada a la interpretación constitucional en base a principios y una concepción material de constitución en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales:

El principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática, en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida.

[...] que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal.

Hasta este punto, los razonamientos de la Corte nos parecen adecuados, pues reconoce en primer término, la existencia de valores y principios en la norma constitucional, que en casos de colisión o choque, conforme al principio de unidad de la constitución, deben balancearse o armonizar para que puedan tener eficacia en alguna medida. Aunado a lo

¹⁶ Esta jurisprudencia se encuentra compuesta por cinco casos, todos aprobados por el Pleno de la Corte por una mayoría de 8 votos, e interpuestos por los agraviados, con excepción del primero que mencionamos, el cual fue interpuesto por los familiares del quejoso y el cual también requirió de engrose (lo tenía en primer término el ministro Mariano Azuela Guitrón): Amparos en revisión 2146/2005, 810/2006, 1285/2006, 1659/2006, todos ellos resueltos el 27 de febrero de 2007 y el amparo en revisión 307/2007, resuelto el 24 de septiembre de 2007. Respecto a la estructura y contenido de los proyectos aprobados, cabe referir que es la misma para todos los proyectos y existieron votos particulares de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Guitrón, por su disconformidad con las pruebas que se allegaron al juicio de mérito. Asimismo, existió voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, debido a que no estaba de acuerdo con el objeto de la ponderación realizada por los ministros: eficacia de las fuerzas armadas vs. principio de igualdad y no discriminación por razón de salud (derecho a la salud).

anterior, reconoce de igual forma la existencia de un contenido irreducible de los derechos fundamentales, sobre el cual no puede estar ningún poder constituido, argumentando que es en razón del contenido axiológico y material de la misma Constitución, a partir de la cual deben interpretarse los derechos fundamentales.

Además, conforme al esquema de Toulmin, podemos ubicar como datos utilizados por la Corte es el hecho de que en la sentencia se cite un precedente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, con la finalidad de demostrar que la ponderación y la interpretación a partir de principios ha estado presente en la jurisdicción constitucional mexicana. Igualmente, se encuentran la cita de otras tesis aisladas aprobadas por la misma Corte.

La primera de ellas es una tesis aislada de la quinta época que trata de las medidas para comprobar el contagio venéreo. Ésta se divide en tres partes, a partir de la estructura silogística clásica. La primera parte (premisa mayor) transcribe el artículo 16 de la Constitución Federal; la segunda parte (premisa menor), señala que el indicio consistente en el hecho del denunciante del delito no es suficiente para fundar ni motivar adecuadamente la orden judicial que ordene extraer sangre al quejoso para demostrar que éste se encuentra contagiado. Finalmente, en su conclusión realiza un razonamiento advirtiendo que los actos de molestia de autoridad (mandamiento que ordene extraer sangre), debe fundarse en una “causa bastante” que amerite ordenarlo, de lo contrario, dicha orden resultaría inútil, pues no se podría demostrar “la relación de causa a efecto que se pretende”, pues habría sido posible que éste la haya contraído después de los hechos probablemente delictuosos.¹⁷

Consideramos que dicha cita se encuentra descontextualizada, pues el caso relatado previamente, trata básicamente de la relación de causalidad entre un tipo penal y los hechos probablemente delictuosos. Es decir, en el soporte jurisprudencial se confunde el principio de causalidad con la relación instrumental del principio de proporcionalidad en relación de medios y fines,¹⁸ ya que el hecho de que en la tesis se haya establecido que resultaba inútil por el transcurso del tiempo, y se invoque el derecho fundamental de fundamentación y motivación, no por esto podremos hablar de un posible origen o antecedentes del principio de proporcionalidad.

¹⁷ CONTAGIO VENEREO, MEDIDAS PARA COMPROBAR EL, Tesis Aislada, Primera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación* LVII, p. 2498.

¹⁸ Vid. KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, Temis, Bogotá, 1998; MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978; GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 1989.

El segundo antecedente, es otra tesis aislada,¹⁹ la cual nos parece aún más descontextualizada, e incluso sostiene una postura legalista y una visión arraigada de la añeja concepción del principio de legalidad, al establecer lo siguiente.

La garantía de defensa que consagra el artículo 14 constitucional no se otorga en forma ilimitada, sino con sujeción al respeto de otras normas constitucionales de igual jerarquía que tienden a lograr un justo equilibrio entre la agilización de la administración de justicia y la seguridad jurídica de las partes en el proceso, lo cual sólo se obtiene mediante la inclusión de los requisitos necesarios en las normas ordinarias que regulan los casos específicos.

En este sentido, queremos únicamente señalar que dicho dato o soporte de la argumentación que se advierte en la tesis reseñada, relativo al antecedente para fundamentar el reconocimiento previo al principio de proporcionalidad está equivocado, ya que el hecho de que el respeto a otras normas constitucionales dependa de los requisitos que señalen las demás normas ordinarias, no proporciona ningún dato adicional o soporte que nos permita extraer alguna relación entre medios y fines, o la posibilidad de que a partir de la cláusula del debido proceso existan ciertas medidas para restringir derechos fundamentales. Más aún, dicha argumentación confunde y realiza una errónea conceptualización metodológica de los elementos del principio de proporcionalidad.

Asimismo, las sentencias que componen la jurisprudencia citan la tesis aislada, relativa a la donación de órganos entre vivos (dato con el cual estamos de acuerdo), debido a que en este caso se emplea de manera adecuada el principio de proporcionalidad, incluso éste será objeto de análisis en los sucesivos apartados cuando hagamos referencia al modelo argumentativo de defensa del derecho a la vida. De igual forma sucede con la jurisprudencia 42/2007,²⁰ citada en la sentencia, la cual busca fijar los alcances del derecho fundamental a una tutela de justicia efectiva, estableciendo las prohibiciones a la autoridad, ya sea que forme parte de cualquiera de los tres poderes, al ejercicio de este derecho, al establecer requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción innecesarios, excesivos y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Añadiendo el reconocimiento a la inviolabilidad del contenido esencial del derecho fundamental y la regla que establece el subprincipio de necesidad, destinada a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, los cuales deben ser asimismo, proporcionales a la finalidad perseguida.

¹⁹ DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES. Tesis Aislada. Séptima Época. Segunda Sala. *Semanario Judicial de la Federación* 181-186 Tercera Parte, p. 55.

²⁰ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Tesis: 1a./J. 42/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, Abril de 2007, p. 124.

Posterior a las citas jurisprudenciales y tesis aisladas, la Corte comienza a determinar cuáles son los elementos que componen el principio de proporcionalidad, los cuales ya hemos reseñado al inicio de este punto. También resulta importante mencionar otro dato, que soporta el hecho de que en la jurisprudencia mexicana ya se podía de igual manera, desprender los requisitos o elementos del principio de proporcionalidad, como lo hace nuestro máximo Tribunal en dos tesis aisladas y una jurisprudencia.

La primera tesis llama la atención, sobre todo por la concepción de los derechos como límites al poder político, y además, por consagrar de manera inicial el principio de universalización de los derechos estableciendo que el Estado se encuentra legitimado para “limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos”²¹ desde una perspectiva liberal de los derechos fundamentales. La segunda tesis aislada, como dato para inferir las reglas del principio de proporcionalidad, es relativa a las limitaciones a la libertad de trabajo, haciendo énfasis en la necesidad de que el ejercicio de este derecho lo sea de una manera racional y legítima.²² En la parte final de esta motivación citan otra jurisprudencia concerniente al principio de igualdad, así como sus criterios para limitar este derecho fundamental. Cabe aclarar que esta última jurisprudencia al igual que cada uno de los cinco casos que dieron origen a la misma, serán analizados en este mismo capítulo, cuando hagamos referencia a la amplitud, restricciones y límites del principio de igualdad. De momento, creemos que únicamente esta última tesis jurisprudencial sirve a la Corte para extraer o reconocer los requisitos del principio de proporcionalidad, pues más adelante se argumenta en la sentencia que en los amparos en revisión 1160/2006, 1342/2006, 278/2006 y 1416/2006, se ha distinguido y empleado el principio de proporcionalidad como criterio para limitar o restringir los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como garantía tributaria, sin embargo, esto no es cierto, pues de la lectura que hemos realizado a los mismos no aparece dicha distinción, es más, no hace referencia alguna explícita o implícita del principio de proporcionalidad como instrumento para restringir los derechos fundamentales.

Por último, se desarrolla el principio de proporcionalidad conforme con los hechos y las pruebas obtenidas en el proceso (Caso de militares con VIH), determinando finalmente lo siguiente:

1. La diferenciación legal prevista en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (separación por inutilidad), pretende perseguir, en principio,

²¹ GARANTÍAS INDIVIDUALES. Tesis Aislada, Quinta Época Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* XL, p. 3630.

²² LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis Aislada, Segunda Sala, Quinta época, SJF LXI, p. 4026.

una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.

2. Dicha diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.

3. Además, la diferenciación legal combatida es desproporcional, porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

[...]

El traslado a un área distinta, y no el retiro complementado con la sustracción de los derechos prestacionales de salud que corresponden en activo, sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales, lo que pone en evidencia que la relación VIH igual a retiro automático por inutilidad es una medida desproporcionada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.

[...]

Finalmente, la diferenciación legislativa reclamada carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerza armadas.

Finalmente, queremos destacar el voto concurrente del ministro José Ramón COSSÍO, en el cual se deja en claro la postura en contra de la indebida ponderación entre la eficacia de las fuerzas armadas y la protección e integridad de sus miembros. Sobre este argumento, el maestro apunta que si bien es cierto, el ejército es una institución constitucionalmente reconocida y figuran partes importantes de su regulación legal “no son describibles en lo individual como principios en sentido estricto o estructural, y todavía menos tomados en conjunto”. Dejando en la fase del principio de necesidad al caso concreto.

Otra de las jurisprudencias es la del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que ha extendido el principio de proporcionalidad a

la actividad administrativa, en una especie de efecto irradiador de los derechos fundamentales.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.²³ Las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encaminadas a salvaguardar a los gobernados de los actos arbitrarios de molestia y privación de cualquier autoridad, ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales, como en el caso de la función investigadora en la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos. Este principio genera ciertos criterios básicos que deben ser observados por la autoridad administrativa en las diligencias encaminadas a la obtención de elementos de prueba, que atañen a su *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad*. La idoneidad se refiere a que sea apta para conseguir el fin pretendido y tener ciertas probabilidades de eficacia en el caso concreto, por lo que bajo este criterio, se debe limitar a lo objetivamente necesario. Conforme al criterio de necesidad o de intervención mínima, al existir la posibilidad de realizar varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, deben elegirse las medidas que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas relacionadas con los hechos denunciados. De acuerdo al criterio de proporcionalidad, la autoridad debe ponderar si el sacrificio de los intereses individuales de un particular guarda una relación razonable con la fiscalización de los recursos de los partidos políticos para lo cual se estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los derechos enfrentados, así como el carácter del titular del derecho, debiendo precisarse las razones por las que se inclina por molestar a alguien en un derecho, en aras de preservar otro valor.

El caso derivó de varios procedimientos administrativos-sancionadores que llevó a cabo el Instituto Federal Electoral en contra de partidos políticos. A diferencia de las dos anteriores tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la jurisprudencia del Tribunal Electoral resulta ser más clara, tanto conceptual como metodológicamente, ya que adopta claramente un modelo de principio de proporcionalidad puro, en donde visiblemente podemos advertir la separación de cada uno de los subprincipios que lo componen, además de una construcción metodológica y conceptual mejor elaborada. Pero quizá lo más destacable y relevante es que de alguna forma es utilizado como fue en su origen el principio de proporcionalidad, es decir desde su primigenia aplicación por el derecho administrativo alemán del siglo XIX, donde adquiere mayor relevancia y significación en la actuación del poder público.²⁴ Hoy en día, ha resultado

²³ Tesis S3ELJ 62/2002, Sala Superior, Revista *Justicia Electoral* 2003, suplemento 6, páginas 51-52.

²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 48 y ss.

indispensable, desde la perspectiva de algunos teóricos, la aplicación del principio de proporcionalidad en la actividad discrecional de la administración pública, ya que “es ahí donde cabe realizar juicios sobre las medidas más adecuadas, necesarias y proporcionales en sentido estricto, en tanto se barajan diversas opciones posibles”.²⁵

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DEL MODELO ESPAÑOL Y ALEMÁN

El modelo de principio de proporcionalidad europeo, con sus caracteres y estructura que conocemos ahora, y que hemos tratado de desarrollar en esta investigación, tiene origen en la doctrina jurisprudencial alemana y la resolución de distintos casos difíciles que fueron presentados ante aquella jurisdicción constitucional. Los distintos subprincipios que hemos tratado de desarrollar como instrumento para la limitación o restricción legítima a los derechos fundamentales (adecuación, necesidad y proporcionalidad), se formaron a partir de ciertas reglas y criterios de los Tribunales, que posteriormente fueron teorizados por la doctrina constitucional, y de esta forma, aceptados como parte de la estructura que debía seguir el principio de proporcionalidad. Ha sido sin duda alguna el modelo español y alemán, los modelos que se han desarrollado de una manera más óptima y que han servido incluso de paradigma a otras jurisdicciones constitucionales. De hecho, el modelo español de principio de proporcionalidad se encuentra inspirado en el modelo germano, de quien ha tomado la mayor parte de sus caracteres.

2.1. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia española STC 55/1996, 66/1995 y 207/1996*

Las tres sentencias que presentamos a continuación realizan el análisis de constitucionalidad de la norma o el hecho impugnado, en base al principio de proporcionalidad y sus distintos subprincipios. Una se refiere a la limitación de la libertad de manifestación en lugares públicos, la segunda se refiere a la proporcionalidad de una pena por cuestiones de objeción de conciencia, mientras que la última gira en torno a los límites y restricciones al derecho a la intimidad, especialmente la que hace referencia a las inspecciones y registros corporales con la finalidad de obtener pruebas en un proceso penal.

Si bien es cierto que la libertad de expresión es una de las manifestaciones más importantes para la formación de una sociedad pública responsable, también es importante destacar que este derecho no es absoluto. Con este propósito, los magistrados del Tribunal Constitucional Español,

²⁵ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa, op. cit.*, pp. 28 y ss.

elaboraron las principales directrices y criterios a partir de los cuales, el derecho a manifestarse podía encontrar límites, principalmente por cuestiones de orden público. Se trata de la sentencia 55/1996, derivada de un recurso de amparo en contra de la negativa de la Delegación del Gobierno de Madrid de permitir la concentración convocada por la Unión General de Trabajadores, en una plaza pública muy transitada y de bastante importancia en aquella ciudad. Dicha reunión, tenía por objeto apoyar la negociación del Convenio de la Banca, y duraría alrededor de dos horas y media. El motivo de la negativa versó en que dicha plaza constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, debido a la realización de obras y, por consiguiente cortes de tráfico en la calle principal y zonas adyacentes; por lo que itinerario distribuido por los organizadores provocaría un total colapso de tráfico que afectaría a varias calles más que contribuían directamente en los principales ejes circulatorios esenciales.

Se inició la argumentación con la idea de que a pesar de que el derecho a la reunión constituía un cauce del principio democrático participativo en el Estado Constitucional, el ejercicio del mismo, no podía producir alteraciones al orden público con peligro para personas o bienes. La cuestión de fondo, según el mismo Tribunal, se centró en determinar la constitucionalidad de la ponderación efectuada por la administración municipal en su negativa de permitir dicha reunión y el límite constitucional, relativo a la repercusión del ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportaban una importantísima densidad de tráfico.

En este sentido, para determinar la magnitud de la afectación al orden público, se consideró pertinente determinar en primer lugar, la obtención de datos objetivos suficientes, derivados de los hechos concurrentes en este caso. Pero por otra parte, el establecimiento de dichos límites no podía ser sometido a criterios de oportunidad política, toda vez que en una sociedad democrática el espacio urbano no solamente era un espacio de circulación, sino también de participación. En la aplicación del principio de proporcionalidad a los hechos del caso en concreto, se determinó finalmente que, efectivamente, la prohibición de la celebración de la concentración perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, pues buscaba mantener el orden público. Ahora bien, respecto a la necesidad de la medida, el Tribunal señaló que la prohibición absoluta del ejercicio del derecho a manifestarse resultaba imprescindible, pues no existían medidas menos lesivas para restringir en menor grado su derecho a la libertad de expresión, puesto que, tal y como lo plantearon los promotores de la concentración, toda propuesta de modificación del lugar o la hora solicitada, hubiera desvirtuado el objeto perseguido por ellos.

El siguiente caso aborda el tema de una Ley Orgánica en España, que regulaba el régimen de recursos de objeción de conciencia y su régimen

penal. Es decir, se impugnaba, *inter alia*, la desproporción de las penas que serían impuestas a los objetores de conciencia al servicio militar, que se rehusaran a cumplir la prestación social sustitutoria. Se alegaba que dicha Ley vulneraba los derechos de libertad personal y libertad ideológica, en relación con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional dejó claro que la invocación de este principio de manera autónoma, no podía analizarse en abstracto si una actuación de un poder público resultaba desproporcionada o no, sino que debían aducirse específicas violaciones constitucionales. La conclusión de la proporcionalidad de la pena, en torno al principio de proporcionalidad, se determinó que la sanción establecida por el legislador penal, no constituía, toda vez que se requería la concretización del mismo para determinar la magnitud de cada sanción impuesta.

El principio de proporcionalidad también ha sido empleado por los Tribunales Constitucionales cuando se refieren a las intervenciones corporales en el curso de las investigaciones judiciales. La sentencia 207/1996, derivó de un amparo interpuesto por una persona que se negaba a la orden judicial, que ordenaba que se le practicara una prueba pericial (sobre el pelo y la totalidad del vello de las axilas) sobre éste, con la finalidad de allegarse de una prueba, dado que el actor supuestamente otorgaba protección a diversas personas relacionados con el tráfico de estupefacientes a cambio de la percepción de cocaína.

Sentado lo anterior, se analizó la constitucionalidad de la medida. En este sentido, se dijo que la regla para las intervenciones corporales debían: *a)* ser idóneas para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; *b)* que no existieran medidas menos gravosas que impusieran el sacrificio de otros derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y *c)* que aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga en esos derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

Concretamente, se concluyó que la medida solicitada (corte de cabello y pelo de axilas) constituía un trato inhumano y degradante, toda vez que con dicha prueba pericial no se perseguía acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario, el cual no era susceptible (por sí mismo) de destruir el derecho a la presunción de inocencia, por lo que no podía constituirse en una medida necesaria a los fines del aseguramiento del ejercicio del *ius puniendi*, ni acorde a la regla constitucional de los sacrificios. En síntesis, la obtención de una prueba que implicara la restricción a los derechos fundamentales apuntados, no podía estar dirigida exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el proceso penal. Por dicho motivo, la medida

resultaba desproporcional, ya que incurría en una notoria desproporción entre los resultados que se pretendían obtener (indicios) ante la medida de intervención corporal (violación a la intimidad).

2.2. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia alemana BVerfGE 86, 1 (11) (Caso Titanic) y BverfGE 30, 173 (Caso Mephisto)*

Los casos que presentaremos a continuación son los fallos conocidos como “Titanic” y “Mephisto” respectivamente. Cada uno de los precedentes anteriores tuvo un alto grado de complejidad, ya que se encontraban en conflicto principios constitucionales y han sido seleccionados dada la estructura argumentativa en base a la ponderación realizada en cada caso. La Revista Titanic fue condenada en primera instancia por el Tribunal Superior de Düsseldorf a pagar por concepto de indemnización civil la cantidad de 12,000 marcos alemanes, por haber dañado el honor del referido oficial, en razón de la demanda civil interpuesta en contra de la revista.

Posteriormente, los editores interpusieron ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán un recurso de constitucionalidad en contra de la sentencia, ya que se trataba evidentemente de una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión de los editores de la revista y el derecho al honor del oficial retirado de las fuerzas armadas.

Los ministros consideraron que la intervención por parte del órgano jurisdiccional inferior al derecho a la libertad de expresión había sido desproporcional e injustificada, pues precisamente en dicha publicación se empleaba frecuentemente el uso de juegos de palabras para realizar agudas críticas sociales y políticas, lo cual provocaría daños en el futuro, ya que los editores se verían impedidos en futuras publicaciones a seguir con su estilo mordaz y sarcástico que caracterizaba a la revista. La publicación fue condenada únicamente por el calificativo de “asesino nato”, por considerarlo como una afectación grave del derecho al honor.

El citado fallo empleo el juicio de ponderación como ahora lo conocemos. Alexy señala que en esta situación en particular, se intervino de una manera grave en el derecho a la libertad de expresión, ya que la afectación del derecho al honor debe atribuírsele una intensidad media e incluso leve y que la indemnización civil a la que había condenado el tribunal estatal correspondía a una afectación grave del derecho al honor, pues precisamente se debía concentrar en los calificativos dados por la revista como “nato” y “tullido” al ex militar alemán.

El segundo caso que presentaremos en este apartado, “Mephisto”, trató sobre la censura previa, promovida por el hijo adoptivo y único heredero del actor y director artístico Gustaf Gründgen, para que no se reeditara y distribuyera el libro “Mephisto Roman einer Karriere”, del autor Klaus

Man, donde denunciaba las atrocidades cometidas por el gobierno nacional socialista, y en particular, narraba la historia del actor Hendrick Höfgen, que sirvió como modelo para dar figura a Gustaf Gründgen (padre del promovente), quien renuncia de sus convicciones políticas y éticas para acordar un pacto con los gobernantes de la Alemania nacionalsocialista y hacer una gran carrera artística. La novela presenta presupuestos éticos, espirituales y sociológicos que hicieron posible ese ascenso, teniendo como molde de expresión artística la historia del Fausto de Goethe.

En esencia, el conflicto entre principios constitucionales se dio entre el derecho a la libertad artística y el derecho al honor e intimidad del promovente. Cabe anticipar que la votación en la Primera Sala fue empate, resolviendo por consiguiente que dicha censura previa al libro de Klaus Man, no violaba el derecho fundamental de libertad artística (una derivación de distintos derechos como el derecho a la libertad de expresión, libre desarrollo a la personalidad y dignidad humana) consagrado en la Ley Fundamental.

El empleo de la ponderación en este conflicto entre principios resultó evidente. El órgano jurisdiccional admitió que la prohibición del libro en Alemania era legítima, ya que el actor fue una figura pública destacada durante el gobierno del Tercer Reich, por consiguiente, la afectación al derecho al honor de los familiares del actor fallecido era grave y la sanción impuesta por la autoridad había sido proporcional a la infracción cometida. La dignidad humana, refirió el tribunal, no cesa con la muerte, por lo que no es admisible que bajo el pretexto de que se tratase de una obra de arte, la memoria de una persona y la de sus familiares pudieran ser afectadas.

IV. LA DIGNIDAD HUMANA CONFORME A LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MEXICANA

La dignidad humana no había sido un principio desarrollado ampliamente en la jurisprudencia mexicana sino hasta inicios del siglo XXI. Al respecto, nuestro texto fundamental ha consagrado de manera primitiva estos dos principios apenas unos años atrás. En primer término, el principio de igualdad y no discriminación refiere en el artículo primero, párrafo tercero de la constitución:

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

Sobre el libre desarrollo a la personalidad, el artículo 19 párrafo segundo, de nuestro texto fundamental establece:

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada [...] así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, **el libre desarrollo de la personalidad** y de la salud.

Como podemos notar, este reconocimiento expreso no refiere o denota de manera clara el principio del libre desarrollo a la personalidad, sino que creemos que dicha consagración obedece más a un encuentro furtivo, azaroso y retórico del legislador con dicho principio, sin haber seguido una metodología clara y congruente con el resto del texto fundamental. A pesar de lo anterior, nuestro país ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 11 reconoce de manera expresa la dignidad humana, cuando señala: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Ahora bien, el reconocimiento jurisprudencial de la dignidad humana ha tenido especial tratamiento en el caso de “cambio de sexo”. La tesis aislada surgida en este caso resulta bastante innovadora, ya que es la primera vez en la historia de la Corte que se reconoce de manera expresa a la misma, y es a partir de esa cualidad, según la Corte, la condición y base de todos los demás derechos fundamentales del sistema constitucional mexicano. Otra de las innovaciones contenidas en dicha tesis, es el empleo del método comparado de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, especialmente el uso del derecho internacional.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.²⁶ 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 persona-

²⁶ Tesis: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, p. 8.

lidad, 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.

Nuestra Corte ha desarrollado el principio de la dignidad humana en los siguientes precedentes judiciales:²⁷

- 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);²⁸
- Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1780/2006;
- 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;²⁹
- Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, caso que analizamos en este mismo capítulo relativo al “cambio de sexo”;
- Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 811/2008.

1. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:
AMPAROS DIRECTOS EN REVISIÓN 988/2004,
402/2007, 1780/2006, 811/2008

En este apartado analizaremos cuatro de los amparos que tienen o guardan alguna conexión con el tema de la dignidad humana. Cabe precisar que algunos de ellos no necesariamente se refieren directamente al tema de la dignidad humana como principio, sino que ésta es invocada como argumento accesorio al tema principal de discusión. El primer caso es el amparo

²⁷ Algunos de los precedentes aquí citados provienen de la información extraída de la ponencia del ministro en retiro Juan DÍAZ ROMERO, “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.

²⁸ La sentencia se refirió está fundamentada con el principio de igualdad y no discriminación de un caso con los sustitutos de la pena de prisión y los beneficios de la condena condicional.

²⁹ 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.

directo en revisión 402/2007, donde se denunciaba la inconstitucionalidad del artículo primero, de la Ley sobre Delitos de Imprenta, ya que en dicho precepto establecía qué tipo de conductas podían considerarse como ataques a la vida privada, lo cual confundía el derecho a la vida privada con el significado del honor y reputación, por lo que violaba el derecho a la libertad de prensa.

Antes de continuar, queremos advertir que estamos de acuerdo en su integridad con el voto particular del ministro José Ramón Cossío. Por tanto, en desacuerdo con la solución aprobada por la mayoría, en declarar inoperantes varios de sus agravios, y de esta manera, desechar el planteamiento de inconstitucionalidad de la penalización por dañar el honor de las personas que debería perseguir la vía civil, dicho en otros términos: criminalizar la libertad de expresión. Ahora bien, en lo que respecta al análisis de la constitucionalidad de la norma citada, la Corte argumenta de buena forma, que el derecho a la vida privada deriva de la dignidad de la persona (que es lo que nos interesa en esta parte del estudio), que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Asimismo, identifica los derechos al honor y la intimidad igualmente como derivaciones de la dignidad humana. De ahí que si la vida privada, la intimidad y el honor encuentran protección constitucional, la afectación a dichos bienes, a través de expresiones maliciosas, merecen la protección constitucional de la Ley sobre Delitos de Imprenta.

Reitero mi postura, estoy en desacuerdo con la solución planteada, debido a que se criminaliza la libertad de expresión. Sin embargo, creo que la premisa acerca de que el derecho a la privacidad e intimidad derivan del principio de la dignidad humana, me parece bastante razonable. Lo que no queda justificado, es el débil razonamiento y una argumentación sin fuerza, que de alguna forma utiliza indiscriminadamente la dignidad humana, pero sin reconocerla como un principio fundamental en el Estado Constitucional. De igual forma, está ausente el balanceo entre los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto, tales como la vida privada, derecho a la intimidad y derecho al honor, frente a la libertad de expresión e información de las personas. Es decir, no encuentro la justificación adecuada mediante la cual la sentencia estructure en base al modelo de principio de proporcionalidad dicha colisión entre principios. Más aún, desconozco si el proyecto aprobado sostiene o comparte una concepción de derechos fundamentales como principios. Todo esto demuestra, como se advierte en el voto particular, “esquivar el verdadero análisis constitucional de fondo” que el caso exigía desarrollar.

El amparo directo en revisión 988/2004, tal y como adelantábamos, fue objeto de análisis con el principio de igualdad, por lo que consideramos pertinente remitir a este apartado para los efectos de analizar la es-

estructura utilizada en base al principio de proporcionalidad. Únicamente queremos recordar que en este caso, se reclamó la inconstitucionalidad de dos artículos del Código Penal, que negaban la condena condicional a una persona. En la parte que interesa a este apartado, en la sentencia se determinó que:

En ningún caso puede sostenerse que un sentenciado en estas condiciones esté siendo sometido a un trato que afecta su dignidad humana. El respeto a la dignidad humana se verá indirectamente afectada por el respeto o falta de respeto a las garantías constitucionales que rigen el proceso penal, pero no por la existencia o inexistencia de beneficios sustitutorios de la pena aplicables a su caso concreto, beneficios que, el legislador puede configurar con libertad dentro de unos amplios márgenes.

Fuera de este espacio, la resolución no hace referencia en otra parte al principio de la dignidad humana. Para concluir esta parte, analizaremos en conjunto dos amparos, relacionados con el derecho fundamental a la subsistencia, derivado del principio de la dignidad humana. Se trata específicamente de los amparos en revisión 1780/2006 y 811/2008, en los cuales se analizaron diversos preceptos sobre la Ley del Impuesto sobre la Renta. Al respecto existen dos tesis aisladas, cuyo contenido resulta interesante difundir.³⁰

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. En el marco que corresponde a la materia fiscal, el derecho al mínimo vital constituye una garantía fundada en la dignidad humana y como presupuesto del Estado democrático, de tal manera que los principios especiales que rigen el sistema tributario han de ser interpretados a la luz de los principios fundamentales que informan toda la Constitución. [...] el derecho al mínimo vital exige analizar si la persona que no disponga de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando ello puede coexistir con la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados. [...]

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

³⁰ Tesis: 1a. XCVIII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 792; Tesis: 1a. X/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009, p. 547.

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 titular.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. [...] la causa que legitima la obligación tributaria es la existencia de capacidad idónea para tal fin, parámetro que debe entenderse vinculado con lo que se ha denominado “mínimo vital” o “mínimo existencial”, y que se ha establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como una garantía fundada en la dignidad humana, 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. En ese sentido, cuando el legislador reconoce un nivel de renta o patrimonio —o, de ser el caso, alguna definición de consumo— que debe liberarse de la obligación tributaria, no se configura una excepción real al principio de generalidad, pues debe admitirse que las personas cuyos niveles de ingreso o patrimonio apenas resultan suficientes para subsistir no deberían verse conminadas a aportar cantidad alguna a título de contribuciones, pues ello sólo agravaría su ya precaria situación, lo cual no es la intención de una obligación fundada en un deber de solidaridad entre los gobernados. Con base en lo anterior, puede afirmarse que la exclusión de la imposición al mínimo vital permite cumplir con el principio de generalidad, al posibilitar que todas las personas contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos, excepto aquellas que, al no contar con un nivel económico mínimo, deben quedar al margen de la imposición.

En ambos amparos se impugnaba esencialmente lo mismo. Los artículos 110 y 112 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, relacionados con la imposición de gravámenes a las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral, especialmente cuando se tratare de un despido injustificado, atribuible al patrón. En la sentencia se hace mención del cálculo del ingreso a partir de una concepción integral del patrimonio de la persona que había resultado afectada. Se determinó finalmente que no existía vulneración al mínimo vital de los actores, pues se estaba gravando una parte de la riqueza considerada idónea para la contribución de los gastos públicos, al no exceder de noventa veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente por año de trabajo. En síntesis, podemos concluir que ha sido a partir del principio de la dignidad humana, que la Suprema Corte de Justicia ha derivado la existencia de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la privacidad, el derecho a la intimidad y el derecho al mínimo vital. A continuación, ana-

lizaremos desde una perspectiva comparada este mismo principio constitucional, con la finalidad de brindar una panorámica más amplia sobre el tema.

2. LA DIGNIDAD HUMANA CONFORME A LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

El Artículo 10 de la Constitución Española enuncia 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.

La interpretación constitucional de estos dos principios por el Tribunal Constitucional Español ha sido también muy abundante en su calidad argumentativa. En primer término, se encuentran las distintas dimensiones a través de las cuales ha entendido la dignidad humana, inspirados en la doctrina alemana, ha referido lo siguiente:³¹

1. Seguridad jurídica de la vida individual y social (la liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia, que nadie puede garantizarse ya por sí mismo);
2. La igualdad jurídica, sin derivar prejuicios para el sujeto de circunstancias de las que él no es responsable;
3. La garantía de conformación privada de la identidad e integridad humanas, de un espacio de autodeterminación responsable en tal ámbito;
4. La limitación de la utilización del poder estatal, entendida en los términos del estado de Derecho;
5. La atención a la atingencia corporal del hombre.

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 criterios:³²

- 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).

³¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43-44.

³² *Ibid*, p. 97.

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

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.*³³

2.1 *La dignidad humana y el Tribunal Constitucional Español, sentencias: 192/2003 y 231/1988*

El primer caso de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Español (192/2003) se refiere a la impugnación del despido de un trabajador por una empresa por haber transgredido la buena fe contractual, al haber trabajado en vacaciones para otra empresa, alegando la violación a la libertad y dignidad de la persona, así como el respeto a la vida privada. Respecto a los hechos quedó acreditado que efectivamente, durante su tiempo de vacaciones, el actor había laborado para otra empresa.

El Tribunal de Primera Instancia ratificó el despido del actor, ya que el derecho a las vacaciones es irrenunciable, y por consiguiente, indisponible, lo cual obliga al empresario a otorgar vacaciones retribuidas, por lo que se prohibía realizar trabajos durante ese periodo. La sentencia interpreta los derechos laborales de una manera expansiva, a partir del principio de la dignidad de la persona humana.

Primeramente, se determinó que la libertad contractual no es absoluta y que dicha sujeción del trabajador al interés empresarial resultaba en contra del sistema constitucional. Respecto a los hechos, se evaluó que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas y a las cuales se obligaba a los trabajadores a tomarlas, implicaba el desconocimiento de la dignidad de la persona, así como la condición de ser libre, racional, igual, libre y capaz, es decir, la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.

³³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 31.

Ahora bien, la aplicación del principio de la dignidad humana al presente caso, se centró en la concepción de la persona humana como mero factor de producción. Explico, el hecho de que el patrón exigiera que el trabajador dedicara exclusivamente sus vacaciones al descanso, con la finalidad de recuperar sus energías físicas y mentales, viola la dignidad humana, ya que se niega la libertad de la persona, para que ésta pueda disponer de su propia persona como lo estime más conveniente.

Otra resolución emblemática y trascendental en la justicia constitucional española (231/1998) resultó ser la violación al principio de la dignidad humana, a partir del empleo del ser humano como instrumento de diversión. Los hechos ocurrieron una vez que un torero sufriera una mortal cogida en la plaza de toros de Córdoba, España. La esposa de la víctima interpuso una demanda civil en contra de los difusores de varias cintas de video en donde se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su marido, especialmente imágenes sobre la cogida en la plaza de toros y de su posterior tratamiento en la enfermería de dicha plaza. El Tribunal inferior falló en contra de la actora, argumentando que dicha cinta de video difundía en la mayor parte, cuestiones de carácter meramente profesional, así como remembranzas de parte de críticos y colaboradores.

En el marco argumentativo de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, se determinó en primer lugar, que los derechos a la imagen y a la intimidad personal se encontraban reconocidos a partir de la dignidad de la persona. De acuerdo con la aplicación del referido principio al caso en concreto, se estableció que las imágenes de alguna forma reproducían en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación del herido y la manifestación del estado anímico, así como sus ademanes y su rostro, demostrando así el dolor y postración causados por las lesiones sufridas. Concretamente, se resolvió que en el marco de las pautas de la cultura, se determinó que éstas incidían negativamente en los familiares de las víctimas, causando dolor y sufrimiento a las mismas. Situación que resultaba aún más lamentable, pues las heridas del torero significaron a la postre, la muerte del mismo.

Ahora bien, respecto a considerar la enfermería como un lugar público donde se tomó el video correspondiente. El Tribunal precisó que no podía considerarse como parte del espectáculo taurino, el hecho de mostrar las heridas y lesiones graves, incluso la muerte del torero, pues ello “supondría convertir en un instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona”. Ahora bien, tampoco resultó determinante el hecho de que dichas imágenes hayan sido difundidas previamente por la televisión española, y de esta forma, se hayan convertido en públicas, ya que no estaba en juicio la información dada en su momento por la Televisión española, sino la difusión de las imágenes por la compañía que distribuía el reportaje impugnado.

2.2. *La doctrina jurisprudencial alemana sobre la dignidad humana: la Ley de Aviación Alemana (1 BvR 357/05)*

Esta resolución se dictó el 15 de febrero de 2006 y versó principalmente sobre los límites y restricciones que se podían establecer al derecho a la vida por cuestiones de seguridad nacional, así como la dignidad humana, conforme a la Ley Alemana de Aviación. En este sentido, los ministros de aquel país, discutieron sobre la posibilidad de que un avión civil secuestrado pudiera ser derribado en caso de ser utilizado como instrumento en contra de vidas humanas.

Los antecedentes del caso en mención fueron los siguientes:³⁴

1. Los atentados de 11 de septiembre de 2001, en Estados Unidos, en donde cuatro aviones de la aerolínea de American Airlines fueron secuestradas por una organización terrorista. En aquella ocasión, dos aviones impactaron el World Trade Center, en Nueva York. Otra se estrelló en contra del Pentágono (el ministerio de defensa de los Estados Unidos de América). El cuarto atentado ocurrió al sureste de Pittsburgh, en el estado de Pennsylvania, aquí la intervención de los pasajeros a bordo modificó el curso del avión, más de 3,000 personas de los aviones, en el área del World Trade Center y el Pentágono murieron en los ataques.

2. El 5 de enero de 2003, un hombre armado fue capturado en un avión deportivo, circundando los alrededores del distrito de Frankfurt/Main. Este piloto intentó chocar el avión en el Banco Central Europeo condicionándolos si no lo dejaban hacer una llamada a los Estados Unidos de América. Un helicóptero de la policía y dos jets de la fuerza armada alemana tomaron parte y lo rodearon. La policía ordenó señal de alerta, el centro de la ciudad de Frankfurt estaba limpio, los rascacielos fueron evacuados. Hora y media después pudo ser capturado, era evidente que se trataba de un bromista mentalmente confundido, actuando fuera de juicio. Después de que su demanda fue satisfecha, aterrizó en el aeropuerto de Rhein-Main sin resistirse al arresto.

Ambos incidentes causaron un largo número de medidas para prevenir interferencias ilegales con la aviación civil, implementando la seguridad por gente que abusa de ellos con objetivos que no están relacionados con el tráfico aéreo. Precisamente, en diciembre de 2002, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron las regulaciones números 2320/2002 y 2320/2002, estableciendo reglas comunes en los campos civiles de seguridad aeronáutica.

Desde octubre de 2003, el Centro Aéreo de Seguridad Nacional, los miembros de las fuerzas armadas, la policía federal y los Servicios Alemanes de Navegación Aérea vigilan el espacio aéreo. La principal función del centro consiste en advertir peligros que emanan de los vuelos civiles que

³⁴ 1 BvR 357/05.

han sido tomados por secuestradores y los convierte en armas humanas. El fundamento legal para tomar esta medida se encuentra en la nueva regulación de aviación y funciones de seguridad. Ocurridos los acontecimientos anteriores, la Unión Europea dictó serias medidas de seguridad con el objeto de derribar aviones civiles que fueran utilizadas en contra de vidas humanas. Entre otras medidas, se encontraban las que estableció la OTAN y la Ley Alemana de Aviación.

Particularmente, el concepto de “accidente gravemente especial” está íntimamente relacionado con los artículos 35.2 y 35.3 de la Constitución,³⁵ los cuales no autorizan a la federación a ordenar misiones de las fuerzas armadas, especialmente con armas militares para el control de desastres naturales y en el caso de “accidentes especialmente graves”. El contrasentido entonces, venía cuando se autorizaba a las fuerzas armadas, a través de actos para la seguridad aeronáutica, derribar mediante el empleo directo de las fuerzas armadas a los aviones que atentaran contra vidas humanas; en la citada resolución se determinó que dicho precepto era incompatible con el derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, párrafo segundo, y la dignidad humana, establecido en el artículo 1, párrafo primero, de la Ley Fundamental de Bonn.

Finalmente, la Segunda Sala del referido Tribunal, después de llevar a cabo un ejercicio de proporcionalidad del derecho a la vida, determinó que los citados preceptos de la Ley Federal de Aviación resultaban incompatibles con los artículos 2.2, 87a.2 y artículo 35.2 y 35.3, en conjunto con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, relativo a la dignidad de la persona humana. La principal queja versaba en la autorización que tenían las fuerzas armadas facultados por la Ley de seguridad aeronáutica, en derribar aviones que intentaran usarse como armas para cometer crímenes en contra de vidas humanas.

En la sentencia se indicó que cuando se pretende intervenir o imponer alguna restricción en contra del derecho a la vida, se deberá respetar el

³⁵ Los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental de Bonn, garantizan el derecho a regular las provisiones concernientes al desarrollo de las fuerzas armadas para el control de desastres naturales y en el caso de accidentes graves, de acuerdo con las previsiones y las operaciones concernientes con los Estados (Länder) afectados. Entre otras disposiciones, esta normatividad establecía lo siguiente:

Artículo 35 [Asistencia judicial y administrativa; ayuda en caso de catástrofe]

(3) Si la catástrofe natural o el siniestro pusieren en peligro el territorio de más de un Estado, el Gobierno Federal podrá ordenar a los gobiernos de los Estados, en la medida de lo necesario para combatir eficazmente el peligro, que pongan a disposición de otros Estados, fuerzas de policía, así como emplear unidades del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas para prestar su apoyo a las fuerzas de policía. Las medidas del Gobierno Federal tomadas en virtud de la primera frase se suspenderán en cualquier momento a petición de la Cámara de Diputados y, en cualquier caso, sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro.

contenido esencial del mismo. También se consideró que este derecho podría resultar afectado porque el uso de armas en contra de un avión, terminará siempre en su derribo y con ello, de manera definitiva, en la muerte de todos los pasajeros. De esta forma, a través del empleo del principio de proporcionalidad, dicha intervención al derecho fundamental a la vida carecía de justificación por dos razones:³⁶ la referida facultad no encuadraba en ninguna competencia legislativa de la federación. La regulación afecta no sólo a los terroristas que planean el avión como arma, sino también a personas inocentes (los pasajeros del avión). Lo anterior contrariaba el artículo 2º, párrafo segundo y el 1º, párrafo primero de la Ley Fundamental de Bonn. Los cuales se refieren directamente sobre el derecho a la vida y la dignidad humana respectivamente. Como bien hemos advertido, la dignidad humana forma parte de uno de los peldaños fundamentales en la construcción del Estado Constitucional germano, y a través de esta sentencia podemos advertir una de las dimensiones protectoras de la dignidad humana acerca de la prohibición de no instrumentalización de la persona humana, en este caso, utilizarlos como medio para salvar otras vidas humanas.

V. EL LIBRE DESARROLLO A LA PERSONALIDAD
Y LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS. AMPARO DIRECTO
CIVIL 6/2008, RELACIONADO CON LA FACULTAD
DE ATRACCIÓN 3/2008-PS

En el apartado anterior hacíamos referencia a la dignidad humana como principio fundamental del Estado Constitucional, y a partir del cual derivaban el resto de los derechos fundamentales en el orden jurídico nacional. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad junto con la dignidad humana configuran los principios fundamentales a partir de los cuales derivan el resto de los derechos fundamentales. Cabe aclarar que, de acuerdo a la jurisprudencia mexicana, el libre desarrollo de la personalidad tiene su origen en la dignidad de la persona.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.³⁷ De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin

³⁶ 1 BvR 357/05, párr. 136 y 137.

³⁷ Tesis P. LXVI/2009, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, p. 7.

de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.

El asunto que dio origen al criterio citado se refirió a un conflicto de derechos de una persona³⁸ que había cambiado su sexo de nacimiento (masculino) al sexo femenino. El asunto se volvió aún más complejo, debido a que 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, 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) 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 cambio de sexo a terceras personas, violando así los derechos fundamentales a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, dignidad humana, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud, según los mismos ministros. El precepto impugnado señalaba: “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”. Sobre este punto, cabe advertir que el actor solicitaba que le fuera aplicado de manera supletoria otras disposi-

³⁸ Hasta la actualidad, el campo de los derechos transexuales está ampliamente explorado por el derecho europeo. Al respecto puede consultarse: MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico” en *Revista de Derecho Privado*, UNAM-IIIJ, nueva época, año VI, núm. 18-20, septiembre de 2007-agosto de 2008, pp. 47-61. Asimismo, pueden verse los siguientes casos: Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: *Christine Goodwin vs. El Reino Unido*, I. vs. *El Reino Unido*, *Sheffield y Horsham vs. El Reino Unido*.

ciones del Código Civil, que preveían expresamente que no se revelara el origen de la persona o su condición, pero sólo para los casos de adopción, levantando una acta nueva, a fin de evitar la discriminación que pudiera sufrir el niño adoptado, por virtud de su condición. Al respecto, el actor argumentó que aun cuando se tratara de casos de adopción y el reconocimiento de hijo son figuras distintas a la transexualidad, ello no justificaba el tratamiento desigual que el artículo 138 prevé para la inscripción de la rectificación del acta correspondiente, por lo que se vulneraba el principio de igualdad.

Desde nuestra perspectiva, destaca la diferenciación realizada entre sexo físico y el sexo psicosocial, pues a partir de este último concepto es cómo la Suprema Corte concede la solicitud de prescindir de la anotación marginal correspondiente. Partiendo de esta premisa, se estima que si el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género, ya que, es a partir de éstos, en los que el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, entonces, la “reasignación sexual” que decida una persona, que puede comprender o no una cirugía para ese fin, con el objeto de adecuar su estado psicosocial a su físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, innegablemente constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales.

En consecuencia, resulta contrario a tales derechos fundamentales —libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual— mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su físico a su psique, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a los avances médicos que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada, pues, sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir.

Resulta también bastante interesante el empleo del derecho comparado dentro de los argumentos en la sentencia, ya que nuestra Constitución no consagraba de manera expresa muchos de estos derechos, además no existían precedentes en nuestro país sobre situaciones similares al respecto, tales como las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala Civil del Tribunal Supremo Español, la Corte de Casación Francesa, la Corte Constitucional Colombiana y distinta normatividad comparada e internacional. Una vez realizado lo anterior, se determinó que la carga de asentar la anotación marginal en su acta de nacimiento,

era una carga desproporcional e irrazonable, puesto que conforme al criterio de interpretación de las leyes civiles en base a los principios generales del derecho, era análogamente aplicable el dispositivo relativo a la adopción que prescindía de la anotación respectiva. Lo anterior, motivados a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad, a partir de los cuales derivan otros derechos fundamentales a la privacidad, honor, libertad sexual, salud, los cuales resultaban vulnerados, al establecer una carga que no encontraba una justificación constitucionalmente legítima.

1. EL RECONOCIMIENTO Y LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS NO CONSAGRADOS DE MANERA EXPRESA: LOS DERECHOS DE LOS TRANSEXUALES CONFORME AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (SHEFFIELD Y HORSHAM VS. REINO UNIDO, CHRISTINE GOODWIN VS. REINO UNIDO, I. VS. REINO UNIDO)

En líneas previas, hemos analizado como a partir del reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, un Tribunal Constitucional puede desprender el reconocimiento de otros derechos fundamentales, que en un origen, no se encontraban expresamente en los textos positivos. Dicha labor requiere de un alto nivel de estructura argumentativa y de una visión de derechos fundamentales a partir de principios. La finalidad de analizar casos comparados, es evaluar el modelo argumentativo a partir del cual resuelven dichos Tribunales. En lo particular, analizaremos distintos casos relacionados con los derechos de personas transexuales, resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los tres precedentes que presentaremos a continuación, guardan relación con el reconocimiento de los efectos legales del cambio de género, fenómeno conocido como transexualismo.

El primero de ellos es el caso Sheffield y Horsham contra el Reino Unido. Esta fue la última ocasión en que el Tribunal resolvió desfavorablemente a los intereses de una persona transexual relacionado con el cambio de género. Los hechos del juicio se basan en la negativa de su país (Reino Unido) a ser reconocidas legalmente como mujeres, una vez que habían satisfecho el requisito de la operación quirúrgica correspondiente.

Las demandantes afirmaron que, ante las autoridades de su país, continuaban siendo reconocidas como de sexo masculino, lo que las obligaba a identificarse en contextos públicos como pertenecientes a un sexo al que habían renunciado, sin posibilidad alguna de casarse o adoptar conforme a ello. La clave se centraba en determinar si el Estado tiene la obligación positiva de reconocer para efectos legales, nuevas identidades sexuales a los solicitantes una vez realizados los procedimientos apuntados. Alegando por consiguiente, la violación a los artículos 8, 12 y 14 de la Convención.

Según lo alegado por la parte afectada, se violaba el derecho a la vida privada e relación con la prohibición a la no discriminación y el derecho a contraer matrimonio, toda vez que dicha limitación constituía una interferencia que no se encontraba prevista en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, tales como: “necesaria en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.”

Como decíamos al inicio del estudio, la negativa del Tribunal fue tajante: negar los derechos del sexo elegido. El Tribunal argumentó que “la reasignación sexual no conlleva a la adquisición de todos los caracteres del sexo opuesto, además de que el derecho al matrimonio, filiación y la posibilidad de adoptar, aún no estaba suficientemente consensuada por los países signatarios del Convenio”. Cabe aclarar que cada una de las violaciones a los derechos fundamentales fue analizada aparte, dado que en dicho instrumento internacional se encuentran especificados los derechos violados que alegaban los actores. Asimismo, consideró que el transexualismo continuaba presentando cuestiones complejas de naturaleza jurídica, científica, moral y social, que no encontraban respuestas homogéneas dentro de los estados de la Unión Europea.³⁹ Conforme a lo subrayado, el Tribunal sostuvo que tampoco existía un derecho a casarse, pues dicho derecho no se encontraba protegido por la Convención, el cual hacía referencia únicamente al matrimonio tradicional como fundamento de la familia.⁴⁰

El criterio comentado líneas arriba, fue modificado con el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, ya que fue la primera ocasión que el Tribunal reconoció jurídicamente la necesidad de proteger los derechos de los transexuales. Los hechos consistieron en la solicitud de una persona transexual al gobierno de aquél país para que su sexo fuera reconocido legalmente, y de esta manera, pudiera gozar de los derechos contenidos en los artículos 8, 12, 13 y 14 de la Convención, en particular su tratamiento en el ámbito del empleo, seguridad social, pensión y matrimonio. Durante el transcurso de su solicitud, el recurrente sufrió varias discriminaciones en el ámbito laboral y de seguridad social, dado que su sexo no era reconocido legalmente, lo cual ocasionaba una disminución sustancial a las actividades diarias que el desempeñaba. En este sentido, uno de los argumentos torales en la resolución estableció que las personas transexuales debían gozar de todos los derechos que tienen las personas cuyo sexo se ha adoptado. Asimismo, el Tribunal apuntó.

³⁹ SHEFFIELD y HORSHAM c. Reino Unido, párr. 52 y 58.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 76.

La esencia de la Convención es el respeto a la dignidad y la libertad humana. Especialmente, desde la perspectiva del artículo 8 de la Convención, se encuentra la noción de autonomía de la persona, el cual es uno de los principios sobre el que yace la interpretación de las garantías, es decir, “la protección que es otorgada a la esfera de cada individuo, incluido el derecho a establecer su identidad como un ser humano [...] en el siglo XXI, el derecho de los transexuales a su desarrollo personal y a la seguridad social y psíquica, en el sentido pleno en que es disfrutado por otras personas, no puede considerarse como una cuestión que requiera un lapso de tiempo para esclarecer el tema que se aborda”.⁴¹

Advierte la clara evidencia de una tendencia continuada, no sólo a aceptar, sino a favorecer el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual. Aunado a lo anterior, se determinó que el simple cambio a los documentos de identidad y la adecuación del nombre, no permitían vivir a las personas transexuales de acuerdo con la identidad que han elegido, ya que sufren constantes humillaciones y diferencias de trato, por haberse cambiado de género, en múltiples actos de su vida, lo cual transgrede el artículo 8 de la Convención (derecho a la vida privada).⁴²

Destaca de este nuevo criterio, además, que el mero cambio de los documentos de identidad y la adecuación del nombre, no permiten vivir a los transexuales de acuerdo con la identidad que les es propia y que sufren continuas humillaciones y discordancias en el trato que se les da, por haberse cambiado el género de forma irreversible, al no obtener todos los derechos del género adoptado y al tener que revelar un sexo al que ya no pertenecen, en múltiples actos de su vida, lo que transgrede el artículo 8° del Convenio de Roma (derecho a la vida privada).

En torno al artículo 12 de la Convención, se determinó que existía una violación al mismo, toda vez que las leyes nacionales restringían el ejercicio del derecho a casarse, volviendo nugatorio el mismo. Asimismo, se determinó que la condición del matrimonio no se encontraba sujeta a la procreación, en este sentido, se determinó que la negativa a ejercer ese derecho resultaba violatoria del principio de racionalidad.⁴³ En adición a la violación del referido principio estableció: “si un Estado autoriza el tratamiento y la intervención quirúrgica que permitan a una persona cambiar de sexo, como ocurría en el caso del Reino Unido, no era lógico que se rehusara después a reconocer las implicaciones jurídicas resultantes de ello”. De esta manera, el Tribunal consideró un concepto de sexo más allá de los cromosomas como factor esencial.

⁴¹ Christine Goodwin c. Reino Unido, párr. 90.

⁴² *Ibidem*, 92-93.

⁴³ *Ibidem*, 97-99.

El tercer precedente analizado, guarda relación con los dos anteriores. Se trata de la solicitud de un transexual al gobierno del Reino Unido, que había realizado su cambio de sexo (masculino a femenino), la cual no fue admitida para entrar a un curso en el ejército, pero ésta fue rechazada, porque se negó a presentar su certificado de nacimiento. Básicamente lo que solicitaba era su reconocimiento legal del género seleccionado, con la finalidad de gozar de todos los derechos que esto conlleva. En torno a este caso, el Tribunal de igual forma habló del respeto de la dignidad y libertad humana como principios esenciales de la Convención, donde yacía la noción de autonomía de la persona, que otorgaba a cada individuo su identidad como ser humano. En este sentido, se reiteró que la necesidad del pleno desarrollo de su condición como transexual en el aspecto de seguridad psíquica y moral. Al aplicar el principio de proporcionalidad, el órgano determinó que no había sido demostrado sustancial ni concretamente un detrimento al interés público con el cambio de status de los transexuales, por tanto, se podía esperar que la sociedad pudiera ver como un inconveniente razonable la posibilidad de que ciertos individuos decidieran vivir con dignidad, de conformidad con la identidad sexual que ellos eligieron con mucho sacrificio.⁴⁴

2. EL LIBRE DESARROLLO A LA PERSONALIDAD CONFORME A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y ALEMANA

Tanto la dignidad humana como el libre desarrollo a la personalidad son principios que se encuentran intrínsecamente relacionados. 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, o el caso de los derechos difusos o colectivos.⁴⁵

2.1 *Tribunal Constitucional Español, recursos de amparo 119/2001 y recurso de inconstitucionalidad 290/2000*

Sobre el libre desarrollo de la personalidad en el Tribunal Constitucional Español, la primera sentencia que presentamos se refiere a la demanda civil interpuesta por una mujer en contra del ayuntamiento de Valencia por contaminación acústica, aduciendo que se vulneraba el derecho a la vida, salud, integridad física y moral, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Dicha contaminación era producida por diversos ruidos y vibraciones producidos por un conjunto de discotecas ubicadas en la zona declarada por el municipio como “zona acústicamente saturada”, que prolongaban su cierre incluso hasta las seis y media de la mañana.

⁴⁴ I. c. Reino Unido, párr. 70-72.

⁴⁵ Sentencia de recurso de amparo 16/2004; 119/2001. Sentencia de recurso de amparo 94/1999.

La anterior solicitud le fue negada a la quejosa por los Tribunales inferiores. Por este motivo, se acusaba al municipio de no haber actuado diligentemente en defensa de los derechos e intereses legítimos de los vecinos del lugar, dado que la actora padecía constantemente de insomnio a causa de los ruidos y molestias que le ocasionaba esta situación.

Al iniciar el análisis de fondo de la cuestión sometida ante el Tribunal, se determinó que la inviolabilidad de la persona, se encontraba dirigida no solamente a proteger los ataques dirigidos directamente a su persona, sino a toda clase de intervención en esos bienes que careciera consentimiento del titular. Situación que se ponía de manifiesto en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, se determinó que era en función de este último principio referido que los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de la omisión o acción de los poderes públicos que rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, se afectaría este derecho. Desafortunadamente el valor probatorio de la única prueba rendida por el actor no fue suficiente para demostrar la relación causal que existía entre la contaminación acústica generada por las discotecas de alrededor y su afectación en el normal desarrollo personal de la misma (problemas de insomnio), situación que provocó que le negaran dicho amparo.

El segundo caso aborda el tema del derecho a la libertad informática y su protección por el orden constitucional. Se trató del recurso de inconstitucionalidad 290/2000, en donde se impugnaban diversas reformas en contra de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Específicamente, se impugnaba que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos ejercieran funciones y potestades respecto a los ficheros informatizados que contuvieran datos personales. Dejado de lado el asunto de las competencias, el fondo del asunto se centró en determinar cuáles eran las medidas adecuadas, necesarias y proporcionales en el tratamiento automatizado de datos personales.

A partir del libre desarrollo de la personalidad, los magistrados derivaron la existencia del derecho al honor, intimidad y a la propia imagen, en relación con los datos personales en el tratamiento informático de sus datos. En este sentido, se estableció como premisa 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. Asimismo, se determinó que el tratamiento automatizado de datos exigía un severo tratamiento especializado, toda vez que el honor e intimidad, y el disfrute pleno de los derechos estaba en juego.

Como pudimos advertir, la mayor parte de los derechos fundamentales derivados del principio del libre desarrollo de la personalidad son bastante nuevos (libertad informática, protección de datos personales, intimidad, privacidad), lo cual indica que ha sido a partir de la interpretación constitucional de principios que los Tribunales Constitucionales y de Derechos Humanos han extendido la esfera protectora de los derechos fundamentales más allá de lo que dicen los simples textos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

2.2. Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencias BverfGE 65, 1 (Caso censo de población) y BverfGE 101,361 (CASO Carolina de Mónaco)

El primer asunto versa sobre la impugnación en contra de la Ley sobre un censo de población, vivienda y lugares de trabajo. En esencia, se alegaba la invasión al derecho a la intimidad y la protección de datos personales, en la recolección de datos que llevaba a cabo el gobierno. El análisis de la constitucionalidad de la ley citada, se realiza en base al principio de proporcionalidad, en torno a la violación de los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, con especial referencia a la protección de datos personales y el derecho a la intimidad.

Sobre el primer punto, el Tribunal Constitucional precisó que el libre desarrollo de la personalidad presuponía 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. Una vez realizado el anterior análisis, se precisó que la citada reglamentación permitía que el individuo sufriera ciertas restricciones a su derecho a la autodeterminación de la información, en aras del interés general preponderante.

En este sentido, a través del principio de proporcionalidad se determinó que el interés público podía constituir el único límite a su derecho a la personalidad. De esta manera, la existencia de limitaciones a este principio únicamente podía ser limitado cuando se conoce con claridad sobre la finalidad para la que se recaudará la información, y sobre las posibilidades de utilizarla y relacionarla. Asimismo, lo anterior se encontraba en estrecha conexión con el tipo, extensión y posible utilización de los datos recolectados, así como del peligro que se haga abuso de ellos. De esta manera, el Tribunal estableció que 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).

Conforme a la aplicación del principio de proporcionalidad al análisis concreto, se determinó que la información utilizada para recabar datos en el Censo de Población perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, pues se trataba del ejercicio de una función pública de gran relevancia. Sin embargo, aún en la recolección de datos con fines estadísticos, debe cuidarse el carácter y la clase de información que se proporciona. Con la finalidad de proteger en mayor medida los datos personales, era necesario que los datos individuales recogidos con fines estadísticos se mantuvieran en secreto e ir acompañado de medidas que impidan levantar el anonimato de dicha información.

De manera emblemática podemos advertir la trascendencia y relevancia de la interpretación constitucional a partir de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Es decir, a partir de estos principios se logró derivar la existencia de otros derechos fundamentales que en ese entonces, no se encontraban plasmados en el texto constitucional, tales como el derecho a la protección de datos personales y la intimidad de las personas, siendo el principio de proporcionalidad el instrumento legítimo por el cual la autoridad se encontraba facultada para intervenir en menor grado los derechos fundamentales de los particulares.

El segundo precedente se trata de la violación a los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad, honor e imagen. Especialmente se refirió a la publicación de fotografías sobre la vida privada y cotidiana de un personaje de la vida pública, específicamente la Princesa Carolina de Mónaco, la cual solicitaba la suspensión de sus publicaciones. La sentencia lleva a cabo un análisis concienzudo en base al principio de proporcionalidad. En primer término, se reiteró al igual que en otras ocasiones, que “el derecho a la personalidad no le otorgaba al particular el derecho a ser presentado ante otros sólo de la manera como él se ve a sí mismo o como quisiera ser visto por los demás”. Sin embargo, la demanda de amparo versaba no sobre esta específica situación, sino que se centraba más bien a la cuestión sobre si podían tomar y publicar fotos de ella, cuando se encontrara en asuntos privados.

Respecto al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal determinó que el libre desarrollo de la personalidad, se haría nugatorio si el individuo únicamente pudiera sustraerse de la curiosidad del público estando solamente en su propia casa. Ahora bien, el carácter relevante de ciertos personajes de relevancia pública, hacía de alguna forma inevitable que pudieran sustraerse del ámbito de la esfera pública, aunado a ello, el hecho de que las nuevas tecnologías para captar imágenes que permiten superar las distancias sin que el afectado pueda notarlo.

El amparo fue rechazado respecto de las fotos tomadas a la princesa, más no a sus hijos. Respecto de las fotografías tomadas a la Princesa, se inició la argumentación en base a la función de la formación de la opinión pública que tiene la prensa. Sin embargo, la función de la recreación no se encontraba protegida por la Constitución. La ponderación realizada sobre este respecto, se precisó que la colisión entre la libertad de prensa y el libre desarrollo de la personalidad del afectado, debía de evaluarse si el público solicitaba el análisis de asuntos serios y especializados. En las primeras dos fotografías tomadas, se trataba de espacios abiertos al público, por lo que la actora se encontraba sometida ante el público que ahí se hallaba. Las restantes fotografías mostraban un carácter de aislamiento, sin embargo, ella no pudo demostrarlo plenamente en el juicio, por lo que se rechazó su solicitud. Ahora bien, respecto de las fotografías tomadas a sus hijos, se determinó que éstas violaban el libre desarrollo de su personalidad de manera sustancial, lo cual era necesario para su mantenimiento saludable.

VI. EL DERECHO A LA VIDA EN SENTIDO AMPLIO CONFORME
A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

El derecho a la vida ha sido otra de las asignaturas pendientes en la construcción de una sólida teoría constitucional de los derechos fundamentales. Sobre este presupuesto, cabe señalar que nuestra Suprema Corte ha tenido escasos pronunciamientos que de alguna forma han tenido un eco muy fuerte en la concepción reduccionista y casi nula que existía al respecto en la jurisprudencia mexicana. Trataremos dos de los principales precedentes, en torno a los cuales ha girado la dinámica jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. El primero de ellos es el caso de trasplantes de órganos entre vivos, y el segundo, el primer caso de aborto resuelto por la Corte. Ambos, forman parte de los primeros pronunciamientos al respecto sobre el reconocimiento, desarrollo y amplitud del derecho a la vida como un derecho constitucionalmente protegido.

1. EL DERECHO A LA VIDA Y EL CASO DEL ABORTO
CONFORME LA ACCIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000

Este es uno de los primeros momentos en que la Suprema Corte sostuvo un debate en torno al derecho a la vida. 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 consagrada en la fracción III, del artículo 334, del Código Penal para el Distrito Federal. Dicho precepto establecía:

No se aplicará sanción... Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada” (aborto eugenésico, terapéutico y moral).

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.⁴⁶ 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”.⁴⁷

Hasta este punto de la sentencia estamos de acuerdo, ya que se reconoce la protección constitucional que debe tener el producto de la concepción. Sin embargo, manifestamos nuestra inconformidad con la forma en que es analizada en sí, la constitucionalidad del tipo penal descrito, que por cierto, resulta bastante pobre y defectuosa. Dicha situación puede advertirse de lo siguiente: “debe precisarse que a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo le corresponde verificar la existencia formal de la motivación de la reforma y no así, la deficiencia o adecuación de la misma”.

La Corte reconoce que se trata de un caso de aborto eugenésico (situaciones médicas), pero una vez establecida la premisa acerca de la protección constitucional del feto, se encuentra ausente el pronunciamiento sobre una posible ponderación entre bienes constitucionalmente tutelados (sin destacar los votos particulares y concurrentes), es decir, los derechos del feto o nasciturus frente el derecho al libre desarrollo sexual y dignidad de la mujer, de no ser utilizada como un instrumento. El análisis es más bien estricto, basado únicamente en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal, especialmente aquella parte donde establece que por

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Sentencia recaída a la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS. p. 103.

alteraciones genéticas o congénitas, puedan resultar graves daños físicos o mentales al producto de la concepción. En el siguiente párrafo de la sentencia se argumenta algo curioso.

No pasa inadvertido a esta Suprema Corte, que el dispositivo cuya constitucionalidad se examina contiene una contradicción intrínseca que está en los límites del absurdo, puesto que establece, como un requisito fundamental que debe llenarse, que la situación del producto de la concepción sea de que los daños físicos o mentales que puedan ser resultado de sus alteraciones genéticas o congénitas lo sean “al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo”, lo que daría lugar a que se produjera la muerte del producto. Dicho en forma sencilla: si se advierte que el producto con las características tantas veces repetidas puede morir, puede provocársele la muerte. Sin embargo tal razonamiento es inaceptable, pues ya se ha explicado que la disposición no establece que se deba privar de la vida al producto de la concepción, sino sólo que de haberse producido la muerte en esas condiciones y habiéndose llenado los requisitos, no procederá imponer sanción.

Nuestra primera pregunta es: ¿qué no pasa inadvertido? o sea, se advierte la contradicción intrínseca de un artículo penal (que incluso “se encuentra en los límites del absurdo”) relacionado con el hecho de que, si de todas formas el feto se encuentra irremediamente destinado a fallecer, entonces hay que matarlo. Se acepta dicha interpretación pero se continúa con el análisis y posterior reconocimiento de constitucionalidad del artículo penal.

Finalmente, se analiza la violación al principio de igualdad en relación con los derechos del feto. Dicho en términos simples, si se transgrede el principio de igualdad entre un feto y otro que no tenga malformaciones genéticas que pongan en peligro su supervivencia. La Corte simple y llanamente argumenta que de lo que se trata no es la privación de la vida del producto de la concepción, sino de que en caso de que no se produzca el acto delictivo y reuniéndose los requisitos previstos por dicho numeral, no se aplique sanción alguna. Es decir, no se establece que a determinados productos de la concepción, por sus características se les pueda privar de su vida, “lo que sí sería discriminatorio”.⁴⁸

Creemos que bajo este manto arropador de las causas absolutorias de las que habla el derecho penal, la Corte huye de su verdadera labor de interpretación y argumentación constitucional, en torno a la posible colisión entre los derechos constitucionales del feto frente a los de la madre (libertad sexual), ya que al reconocer que privar de la vida a un producto que tenga alteraciones congénitas o malformaciones, sería discriminatorio y

⁴⁸ Sobre este punto se hace referencia en el voto particular de los ministros Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente AGUINACO Alemán, Guillermo ORTIZ MAYAGOITIA y Juan DÍAZ ROMERO.

violatorio del principio de igualdad, destruye la argumentación construida, debido a que no se emplea el canon aceptado por el mismo Tribunal Constitucional mexicano, cuando habla por ejemplo de la justificación objetiva y razonable que debe realizarse, respecto a la posible violación del principio de igualdad. Ahora bien, quizá el argumento anterior podría salvarse argumentando que la justificación objetiva y razonable es el dictamen elaborado por especialistas, a través del cual se informa a la madre sobre los apoyos y alternativas posibles existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Sin embargo, dicho planteamiento nunca fue realizado de tal forma, sino que se prefirió un análisis en base a la legalidad estricta del tipo penal en cuestión, y una interpretación teleológica de la norma. Estas situaciones fueron analizadas finalmente en el voto particular de los ministros disidentes, de acuerdo a un planteamiento metodológico claro, donde se aprecia un análisis directo de la constitucionalidad de la norma por razón de discriminación entre los productos sanos y con alteraciones genéticas.

Asimismo, es rescatable el voto concurrente del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, quien propone la metodología de la ponderación, debido al choque o conflicto de intereses constitucionales entre la madre y el nuevo ser. Sin embargo, discrepamos con su propuesta, ya que después de reconocer la existencia de un conflicto entre estos dos derechos y hablar de que se trata de un aborto eugenésico y que por razones de política criminal, el legislador ha decidido no sancionar tal conducta, “la Constitución no prevé sanciones penales, ni obliga al legislador a establecerlas”, dicha argumentación silogística no toma en cuenta el análisis de las condiciones particulares del caso, es decir, se vuelve una ponderación pero bajo el molde silogístico formalista clásico, que se basa en que la Constitución no contiene mandatos concretos que ordenen al legislador la sanción de una conducta.

2. EL CASO DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS (AMPARO EN REVISIÓN 115/2003)

El caso de los trasplantes de órganos entre vivos, versó sobre la solicitud de una persona sobre la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley General de Salud, que establecía como prohibición, la donación de órganos entre vivos, cuando el donante no tuviera un parentesco por consanguinidad por afinidad o civil o fuera cónyuge, concubina o concubinario del receptor.

La Corte determinó que dicho precepto establecido en la ley reglamentaria, constituía una limitación al derecho a salud, y por consiguiente, la violación del derecho a la vida, por lo que no se encontraba justificada

constitucionalmente.⁴⁹ Por consiguiente, la Corte determinó que las únicas limitaciones permisibles, eran la comercialización de los órganos, lo que no ocurría en el caso en particular, sino lo contrario, ya que estaban presentes los principios de altruismo y solidaridad que rigen la materia de trasplantes, conforme a la Ley General de Salud.

Lo importante en esta resolución, versó principalmente en que el Tribunal abandonó la añeja concepción que había tenido ese mismo órgano jurisdiccional años atrás de concebir el derecho a la salud como una norma carente de justiciabilidad, como sucedía comúnmente al presentarse situaciones de esta especie. Aunado a ello, se dejó muy en claro que el derecho a la salud, se encontraba vinculado con los principios relacionados con la vida y dignidad humana, situación que hubiera sido impensable en épocas pasadas en nuestra jurisdicción constitucional.

En lo concerniente a la estructura argumentativa de la sentencia, se inicia con la interpretación teleológica del artículo cuarto constitucional, relacionado con la protección del derecho a la salud, en relación con la vida y la dignidad de la persona humana. Al respecto, la Corte refiere los artículos constitucionales 1, 14 y 22, respectivamente, donde se encuentran los derechos mencionados. Asimismo, cita como garantía en la argumentación, distinta jurisprudencia relativa a la protección constitucional del derecho a la salud, en relación con el tratamiento de enfermedades. Dicho esto, se concluye que los preceptos de la Ley General de Salud guardan íntima relación con los derechos a la vida y a la salud, consagrados en la Constitución Federal, ya que prevén como finalidad la procuración del bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, así como el prolongamiento y mejoramiento de la calidad de vida humana.

Conforme a lo anterior, el hecho de que la Ley respectiva permita la donación de órganos, incrementa las expectativas de vida y mejora su calidad. En este sentido, entre los principios orientadores en materia de trasplantes se encontraba la finalidad terapéutica, el altruismo, la ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención sería estrictamente a título gratuito, con el fin de evitar el comercio de órganos, presumiendo por consiguiente, que la existencia entre el donador y el receptor de una relación de parentesco o de concubinato, implica necesariamente que la donación se realice debido al ánimo altruista y a la solidaridad humana. Es sobre este último aspecto que la Corte finalmente

⁴⁹ TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: P. IX/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003, p. 54.

determinó que la existencia de estos últimos principios no solamente se daba en las relaciones de matrimonio, parentesco o concubinato, por lo que dicha distinción no encontraba justificación constitucional.⁵⁰ Tiempo después existió otro precedente similar, la acción de inconstitucionalidad 10/2005, con el destacable voto particular del ministro José Ramón Cossío, quien aplicó el test de proporcionalidad y razonabilidad para resolver dicho caso.⁵¹

⁵⁰ Cabe señalar que posterior a esta resolución, la fracción impugnada de la normativa referida, fue reformada por el Congreso de la Unión en el 2004, estableciendo criterios, que desde nuestra perspectiva, se ajustan al canon de proporcionalidad y razonabilidad empleados por la Suprema Corte de Justicia:

VI. Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.”

⁵¹ Posteriormente, en el 2007, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005, la Corte resolvió la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Civil del Estado de Nayarit, ya que el referido precepto reproducía de alguna forma el precepto impugnado de la Ley General de Salud comentado con antelación: *Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida.* Esta resolución contó con el brillante voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. “En este sentido, la disposición legal reclamada constituye una norma discriminatoria y carente de *razonabilidad* respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, contraria al primer enunciado del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional, porque priva a quienes no cuenten con parientes donantes de la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios de gratuidad y de respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento para llevar a cabo trasplantes de algún componente de su cuerpo con fines terapéuticos [...] Esta *limitación* infringe el deber del Estado de proporcionar los medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, según sus necesidades y no conforme a sus recursos, y en este caso, con independencia de que exista un lazo de parentesco entre donante y receptor, pues este requisito establecido en términos absolutos, *carece de razonabilidad, ya que si bien propende a evitar el comercio de órganos, tampoco deja margen alguno para la aceptación de los casos en los que existe el deseo de disposición corporal, sin ánimo de lucro, en orden a mejorar la salud de otra persona ajena a la familia del donante, cuando es evidente que en las instituciones especializadas hay insuficiencia de órganos disponibles para muchos enfermos*”.

3. EL DERECHO A LA VIDA CONFORME AL MODELO ESPAÑOL Y ALEMÁN

El derecho a la vida en la doctrina jurisprudencial española y alemana ha sido objeto de numerosas interpretaciones garantistas, a partir del principio de proporcionalidad y los principios constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. A continuación, desarrollaremos el análisis de dos casos relativos al derecho a la vida por el Tribunal Constitucional Español, uno tiene relación con el deber protector del Estado hacia la vida, aún en contra de la voluntad de las personas, cuando se trate de la afectación sustancial y desproporcional a su desarrollo personal, y el otro, sobre la reproducción asistida, consistente en la protección constitucional del embrión. El precedente del Tribunal germano versa sobre un caso límite, concerniente a la obligación que tiene el Estado de salvaguardar la vida, pero bajo las reglas del mismo Estado de Derecho. Reiteramos, el fin perseguido en nuestro análisis es evaluar la estructura argumentativa en las sentencias descritas, con la finalidad de identificar elementos comunes de interpretación y argumentación, con los casos mexicanos analizados previamente.

3.1. El derecho a la vida en la jurisprudencia española (STC 120/1990 “Caso Huelga de Hambre” y el recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Reproducción Asistida (STC 212/1996,)

El primer caso consiste en la interposición de un amparo en contra de la orden del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, de brindar tratamiento médico necesario a los reclusos que mantenían una huelga de hambre en aquella penitenciaría, especialmente hacia aquellos reclusos que corrieran algún peligro de muerte, aún en contra de su voluntad.

Para llevar a cabo el análisis de constitucionalidad del artículo en cuestión, el Tribunal empleó del principio de proporcionalidad, estableciendo que es posible la intervención humanitaria de alimentar a dichos presos, ya que se encontraba justificado en otro bien constitucionalmente protegido, además que este hecho no obstruía más allá de lo razonable, atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se hallaba. Es decir, respecto al principio de adecuación, se consideró que la atención médica obligatoria y la orden de alimentarlos en caso de que corrieran peligro de muerte perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, ya que no podía calificarse de tortura o de tratos humanos degradantes, ya que la autorización de una intervención médica, no se encontraba ordenada con la finalidad de infligir padecimientos físicos o psíquicos o de provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ella, sino evitar los efectos de la inanición voluntaria, sirviendo por tanto, de cuidado paliativo o lenitivo para el organismo. Tampoco se consideraba vulnerada la libertad ideológica, respecto a la persecución de una

finalidad constitucionalmente legítima, se determinó que el derecho de adoptar una postura intelectual ante la vida, si bien incluye la posibilidad de enjuiciar la realidad según convicciones personales, comprende también una dimensión externa con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción ni demérito.⁵²

Respecto al libre desarrollo de la personalidad, concretamente al rechazar tratamientos terapéuticos forzosos como manifestación de esa autodeterminación como persona, no puede entenderse incluida dentro de ese derecho, ya que la aplicación de ese tratamiento (terapéutico y médico) implica necesariamente el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de manifestarse en concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física. Se concluyó de acuerdo a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que la limitación al derecho a la libertad física y moral, se encontraban justificados en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, en cuanto a que “entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza”.⁵³ Dicho sea de paso, permitir que se pueda disponer de su vida de una manera positiva, implicaría el hecho de volver nugatorio su contenido esencial.

Sobre la resolución dictada existieron dos votos particulares, donde se manifestaron los magistrados que estaban en contra del proyecto. Se determinó a partir del principio de proporcionalidad que la huelga de hambre perseguía objetivos que normalmente no podían ser obtenidos a través de las vías legales. Por este motivo, la valoración de la legitimidad del objetivo perseguido, suponía traspasar la cuestión del plano de la ponderación de la vida y la salud como bienes constitucionales, al plano de la reivindicación misma perseguida por los recurrentes, e interferirse en el medio de presión utilizado. Aunado a ello, la alimentación forzosa, como medida proporcional y necesaria, únicamente podía prolongarse transitoriamente, ya que si ésta se prorrogara indefinidamente, provocaría la degradación física y psíquica de la persona implicada.

La siguiente sentencia gira en torno a los límites del derecho a la vida. El Tribunal analizó la constitucionalidad de la Ley de Reproducción Asistida, relativa a la donación, utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, en su totalidad. En la demanda se impugnaba la inconstitucionalidad de la ley citada, toda vez que no delimitaba los conceptos de embrión y feto. De igual manera, se alegaba la vulneración del contenido esencial, ya que hacía de los embriones y fetos, susceptibles de un contrato de donación, y por consiguiente, la patrimonialización de los mismos. En la sentencia reitera en primer término, lo adoptado ya

⁵² STCE 120/1990, párr. 9 y 10.

⁵³ *Ibidem*, 12.

en la sentencia 53/1985 (aborto), ya que ahí se decidió otorgar la protección constitucional al nasciturus, además de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar un proceso natural de gestación, y de establecer un sistema legal de defensa de la vida, que suponga una protección efectiva de la misma. Sin embargo, en el precedente citado, se determinó que el nasciturus no es titular del derecho a la vida, por lo que no cabe invocar su respeto al derecho a la vida.

3.2 El deber de protección de la vida en el Estado de Derecho: el secuestro de Schleyer por grupos terroristas y la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 46, 160)

El siguiente caso tiene relación con uno de los sucesos más trágicos y emblemáticos de la segunda posguerra en Alemania, el llamado “Otoño alemán”, situaciones ligadas con la Fracción del Ejército Rojo (RAF), de aquel país. Se trató del secuestro del Presidente de la Federación de Industriales Alemanes, el Dr. Hans Martin Schleyer, el cinco de septiembre de 1977. Las demandas del grupo terrorista consistían en la liberación de las principales cabecillas del movimiento, que en ese entonces permanecían en una prisión alemana.⁵⁴ En un primer término, el gobierno federal alemán se negó a ceder ante las presiones realizadas por el grupo terrorista. Tiempo después, el hijo de Schleyer solicitó ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán en representación de su padre, un recurso en el cual pedía la intervención del gobierno para llevar a cabo las negociaciones con los terroristas, invocando el derecho fundamental a la vida.

La solicitud fue rechazada. En primer término, el Tribunal comienza a conceptualizar el derecho a la vida, afirmando que este requería de protección de parte del Estado, representando de igual forma un valor superior en el ordenamiento constitucional.⁵⁵ Ahora bien, según la aplicación del principio de proporcionalidad, la protección de la vida ante la extorsión de terroristas se encontraba caracterizada por el hecho de que las medidas protectoras tenían que adaptarse a una múltiple cantidad de situaciones particulares. En este sentido, de la Constitución se desprendía la obligación del Estado de proteger no sólo al individuo, sino a todos los ciudadanos como tales. Por lo que el efectivo cumplimiento para cumplir con este objetivo, requería que las autoridades competentes del Estado se encontraran en una posición de reaccionar apropiadamente a las circunstancias individuales de cada caso, lo cual incluía medidas específicas planificadas. Debido a lo anterior, la Constitución no podía prescribir los procedimientos a seguir, porque los terroristas se encontrarían en aptitud de predecir cómo reaccionaría el Estado ante dicha eventualidad. Dicho esto,

⁵⁴ <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,2766761,00.html>

⁵⁵ BVerfGE 46,160, párr. 12.

el Estado no se encontraría en la posibilidad de proteger a sus ciudadanos de una manera efectiva, lo cual iría en contra de lo establecido por el artículo 2 de la Ley Fundamental.⁵⁶

Como pudimos advertir, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la vida, pero dentro de ciertos márgenes que el mismo Estado de Derecho impone y regula. Tal y como el Tribunal Constitucional Federal Alemán advirtió, el ceder ante la presión de un grupo terrorista, hubiera implicado poner en peligro a la ciudadanía, ya que los grupos delictivos tendrían la capacidad para predecir los mismos movimientos del gobierno.

VII. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO Y EL DERECHO COMPARADO

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 55/2006⁵⁷ y 37/2008,⁵⁸ relativas a los 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.
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

⁵⁶ BVerGE 46,160, párr. 16.

⁵⁷ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁵⁸ 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).

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.

De igual manera, la jurisprudencia 37/2008, de la Primera Sala, ha determinado a partir del principio democrático y de 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”.

En el siguiente apartado, nos limitaremos a realizar un análisis en torno a los cinco casos o precedentes que dieron origen a los requisitos o presupuestos de la jurisprudencia 55/2006. El primero de ellos es el amparo directo en revisión 988/2004, resuelto el veintinueve de septiembre de dos mil cuatro. En este amparo se reclamó la sentencia dictada en un toca penal por el Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito planteando la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal. Sobre este asunto, la Corte de este país determinó a partir del empleo del principio de proporcionalidad, sobre los requisitos establecidos en los numerales mencionados, para que se sustituyera la pena de prisión por otras medidas y los requisitos para el disfrute del beneficio de la condena condicional, no violaban el principio de igualdad, pues no trataban desigualmente a personas que se encontraban en similar situación jurídica, y además, los criterios eran racionales y proporcionales con la finalidad perseguida por el legislador y las normas aplicables.

Para efectos del análisis de los efectos del principio de igualdad, cabe destacar los parámetros a partir de los cuales se determina cuando existen situaciones de igualdad o desigualdad. Al respecto, la resolución indica la legitimidad e ilegitimidad constitucional de las medidas adoptadas, para lo cual debe analizarse si dichas distinciones descansan sobre bases obje-

tivas y razonables, o constituye una discriminación por cualquier motivo señalado en el artículo primero del texto fundamental. Pasada esta fase, se continúa con el examen de racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, identificándose con el subprincipio de necesidad o adecuación del principio de proporcionalidad. En tercer lugar, el requisito de proporcionalidad exige que la medida legislativa no puede tratar de conseguir objetivos constitucionalmente ilegítimos de manera desproporcional, sino que debe existir un adecuado balance entre el trato desigual y la finalidad perseguida.

El segundo caso que se integra para formar jurisprudencia, es el amparo en revisión 1959/2004, de dieciséis de febrero de dos mil cinco. En este asunto se impugnaban los artículos 10 de la Ley del Servicio Militar Nacional y 38 de su Reglamento. En la ejecutoria se sostuvieron distintos puntos a destacar. Los mismos criterios para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad. Asimismo, que los referidos preceptos no violaban el principio de igualdad, pues las exclusiones que contienen respondían a razones que justifican constitucionalmente la distinción, en relación con quienes no se ubican en las hipótesis de exención.

El tercer caso fue el amparo en revisión 1629/2004, de veinticuatro de agosto de dos mil cinco, donde el actor solicitaba la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 7° de la Ley del Impuesto al Activo de las Empresas, la Ley de Ingresos de la Federación para el año mencionado y el Decreto por el que se exime del pago de algunos impuestos, y se otorgan facilidades administrativas a diversos contribuyentes, publicado en el Diario Oficial de la Federación. En este precedente, se determinó básicamente que la exención que establecía el decreto reclamado, que eximía del pago del impuesto al activo para el ejercicio de dos mil dos, a los contribuyentes cuyos ingresos y el valor de sus activos en el año anterior, no hayan excedido la cantidad de \$14'700,000.00 (catorce millones, setecientos mil pesos 00/100 M.N.), no violaba el principio de igualdad, pues éste "perseguía una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, además de dejar satisfechos los juicios de racionalidad y proporcionalidad, ya que el beneficio no se establece de manera discriminatoria, ni pretende favorecer a un sector determinado atendiendo a circunstancias arbitrarias o ficticias".

El cuarto amparo en revisión 846/2006, de treinta y uno de mayo de dos mil seis, se impugnaba la fracción LXX, del artículo Segundo transitorio, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, estableciendo la imposición de gravámenes cuando se tratare de acciones adquiridas a partir del 1° de enero de 2002. En esencia, se alegaba el trato diferenciado que imponía la norma, dado que se trataba de operaciones entre partes capaces de manipular las consecuencias de sus actos para efectos fiscales. Para resolver si dicha medida era legítimamente constitucional se desarrolló el escrutinio de trato diferenciado a partir de tres pasos. El primero, determinar si se

trataba de una finalidad objetiva y constitucionalmente correcta. La segunda, examinar la racionalidad de la medida, es decir, la existencia de una relación entre medios y fines. Finalmente, exigía la valoración de la relación proporcional entre los medios y los fines con el objeto a determinar, en aras de no afectar otros bienes o derechos constitucionales protegidos por la misma Constitución. Respecto a este caso, se determinó que dicho artículo perseguía una finalidad legítima, pues buscaba evitar la elusión o evasión del cumplimiento de las obligaciones fiscales. En lo concerniente a la racionalidad de la medida, el Tribunal se refirió a la irracionalidad de la norma, debido a los efectos de ilicitud de las conductas constitutivas de probables hechos delictuosos.

La última resolución que conforma jurisprudencia data de (amparo directo en revisión 537/2006), veintiocho de junio de dos mil seis. En este asunto se reclamó la sentencia dictada en un juicio fiscal por la Séptima Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y en la demanda de garantías se planteó la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. En esta sentencia se impugnaba que la norma violaba el principio de igualdad y no discriminación, al otorgar un trato diferencia a los militares en situación de retiro, concluyéndose finalmente que el trato distinto otorgado a los militares retirados respecto de los pensionados civiles no resulta discriminatorio ni violatorio del principio de igualdad, ya que “no se encuentran en igualdad de circunstancias pues los primeros tienen una relación de naturaleza administrativa con la institución en la que prestan sus servicios, mientras que los demás servidores públicos tienen una relación laboral con el Estado, de suerte tal que la distinción de trato responde a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida y satisface el examen de racionalidad y proporcionalidad”.

Ahora bien, en lo que respecta a los tres amparos relacionados con la tesis de jurisprudencia 37/2008,⁵⁹ cuyo ministro ponente fue el ministro José Ramón Cossío, se sigue una tendencia metodológica clara: el empleo del principio de proporcionalidad y razonabilidad jurídica. En los amparos directos en revisión 459/2006 y 312/2007, se reclamaba la inconstitucionalidad de distintos artículos sobre la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y el Decreto mediante el cual se eximía de dicho pago a aquéllos contribuyentes que:

a) Aquéllos contribuyentes que adquieran un vehículo cuyo precio de enajenación al consumidor no exceda de la cantidad de \$150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 MN), siempre que el impuesto mencionado

⁵⁹ Cabe señalar que los amparos directos en revisión 988/2004 y 846/2006, correspondientes a la tesis jurisprudencial 37/2008, tuvieron relación con la impugnación realizada en la jurisprudencia 55/2006, donde se impugnó la Ley del Impuesto al Activo.

no sea trasladado ni cobrado al adquirente de los automóviles mencionados; y *b*) los consumidores finales que importen en definitiva automóviles, siempre que el valor en aduana no exceda de la cantidad de \$150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 MN).

Por otro lado, quedarán exentos del 50% del pago del impuesto sobre automóviles nuevos quienes adquieran vehículos cuyo precio de enajenación o valor en aduana, según se trate, se encuentre comprendido entre \$150,001.00 (ciento cincuenta mil un pesos 00/100 MN) y \$190,000.00 (ciento noventa mil pesos 00/100 MN).

Conforme al mismo proyecto, se trataba de determinar si dicha exención se encontraba o no justificada en términos del principio constitucional de igualdad, es decir, si existían razones que justificaran el trato preferencial señalado. En este sentido, el autor del proyecto aprobado, elabora la estructura a partir de la cual se desarrolla el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas, a través de los tres pasos que ya hemos descrito previamente.

Respecto al primer paso, se determinó que el decreto emitido no perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, de acuerdo al planteamiento que explicamos a continuación. El decreto establecía que la exención del pago del impuesto, residía en la permisión de quienes tenían automóviles usados, los perjudicaba al bajar ligeramente de precio de los automóviles a sustituir y, como consecuencia, la disminución del precio de los vehículos nuevos. La sentencia explica claramente la relación que debe existir entre los fines que debe perseguir una norma legislativa y los medios que se emplean para llegar a su cumplimiento (relación instrumental del principio de proporcionalidad: medios-fines). Es decir, el hecho de que una persona desee adquirir un vehículo nuevo, no necesariamente significa que deba comprar un vehículo extranjero, pues existen otras posibilidades, incluso, el hecho de comprar un vehículo de esta naturaleza, representa solo una de las posibilidades para adquirir un nuevo automóvil, pues existen otros medios para alcanzar el mismo. Además, “para el universo de sujetos que poseen un vehículo usado y desean cambiarlo por uno nuevo la exención no necesariamente significa lo mismo, pues eso depende de múltiples factores tales como el precio de los vehículos (tanto el usado como el nuevo), el tipo de transacción que se realice, la oferta y la demanda, etcétera”. De igual forma, se determinó que el precio de los vehículos que se exentaban de este impuesto se encontraba fijado de manera arbitraria, pues no existían razones que justificaran dichas cantidades.

El segundo paso en el proyecto, consistió en examinar la racionalidad de la medida, que desde mi perspectiva, deberíamos ubicarlo más bien con el subprincipio de necesidad, dentro del principio de proporcionalidad. En éste se determinó que, si bien es cierto el Decreto ayudaba a quienes

deseaban adquirir un vehículo nuevo, existían alternativas para cumplir con la finalidad de la norma, entre los que se encontraban: “otorgar subsidios a los vendedores de automóviles para que abarataran los costos de los mismos; otorgar créditos preferenciales a las personas que, teniendo un vehículo usado, quisieran cambiarlo por uno nuevo; ser aval de los compradores, etcétera”. Ahora bien, se argumentó que existía un beneficio indebido, ya que se eximía del pago de dicho impuesto a los contribuyentes que obtuvieran un automóvil que no rebasara la cantidad de ciento cincuenta mil pesos, mientras que por un centavo al resto, se les cobraba el 50% de dicho impuesto.

El último paso, consistió en examinar la proporcionalidad de la medida decretada. Al respecto, se dijo que el Decreto del Ejecutivo se encontraba encaminado a beneficiar sólo a un sector específico, con lo que se evidencia un trato diferenciado. Sin embargo, dicha discriminación no encontraba justificación alguna que estuviera basada en algún criterio objetivo, pues aunque el beneficio de la medida era racional no había ninguna razón que justificara que el mismo no se aplicara a todo el universo de contribuyentes, ya sea de carácter económico, social o de algún otro tipo que la justificara.

Por otra parte, se encuentra el amparo en revisión 514/2007, el cual forma parte de la jurisprudencia apuntada, en donde se impugnaba la negativa de otorgar la libertad anticipada a un quejoso, la cual sí había sido otorgada a otra persona, que había sido sentenciada por el mismo delito. La sentencia quedó estructurada en base a la limitación del derecho a la libertad anticipada, a través del principio de proporcionalidad. En primer término, se brinda una detallada explicación acerca de la finalidad constitucionalmente legítima perseguida por la norma en cuestión. Al respecto, se cita la exposición de motivos del Código Penal, cuando se estableció el catálogo de conductas delictivas que el legislador así consideró reprochables, dado el clima de combate al crimen organizado y la delincuencia organizada. En este sentido, el delito por el cual se le acusaba al quejoso era grave, y por consiguiente, no permitía que se otorgara el beneficio de la libertad anticipada, dado que se trataba de un delito grave, que por su frecuencia, gravedad y daño, perseguía precisamente, la protección de otros bienes y derechos constitucionales.

Las razones que en esencia, justificaron la sentencia, consistían básicamente en que la ley prohibía otorgar la libertad preparatoria a los sentenciados por delitos calificados —por la propia ley— como graves, lo cual no era reprochable constitucionalmente, puesto que quedaba asentado en criterios racionalmente conectados con el fin que se pretende alcanzar, subsanar el daño ocasionado a quien se le perjudicó con la conducta ilícita y la propia readaptación social; sin que se pueda apreciar que afecten desproporcionadamente a otros bienes y derechos constitucionalmente

protegidos. Es decir, el hecho de que el precepto impugnado prohibiera otorgar el beneficio a los que fueron sentenciados por un delito calificado como grave, era racional y proporcional desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la disposición legal y los artículos constitucionales aplicables.

Conforme a líneas anteriores, podemos decir que ha sido a través del examen de racionalidad y proporcionalidad cómo el juez constitucional ha establecido los criterios o requisitos para limitar o restringir el principio de igualdad y no discriminación. Ahora bien, la Corte ha determinado de igual forma, el contenido, los límites y alcances que puede tener dicho principio, situaciones que forman parte del siguiente apartado.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: CONCEPTUALIZACIÓN,
LÍMITES Y ALCANCES CONFORME A LOS CRITERIOS
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

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 la razonabilidad, el cual debe constituirse como un fundamento objetivo y razonable para hacer distinciones entre dos personas que se encuentran en supuestos de hecho distintos cuando la Constitución o las leyes ordinarias lo impongan. De igual forma, dicho principio exige que exista una relación de proporcionalidad entre la medida considerada y la finalidad constitucionalmente perseguida por la norma.⁶⁰ Asimismo, 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

⁶⁰ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD. Tesis Aislada. 9a. Época; 2a. Sala; SJF y su Gaceta; XXVII, Junio de 2008, p. 439.

de condiciones a las personas en desventaja por razones sociales, económicas o políticas.

Nos gustaría destacar algunos aspectos fundamentales en torno a los precedentes que dieron origen a las tesis jurisprudenciales y aisladas citadas líneas arriba. La mayor parte de los casos relacionados con el principio de proporcionalidad como instrumento para imponer límites o restricciones al principio de igualdad, deriva de cuestiones relacionadas con el derecho tributario.

Los dos primeros asuntos tratan sobre los amparos en revisión 1351, 1260, 1207, 1700 y 1834, todos de 2006, resueltos el siete de mayo de dos mil ocho, acerca de la impugnación a un Decreto emitido por el Presidente de la República, que eximía del impuesto al activo a determinados contribuyentes. La impugnación se centró en la violación al principio de equidad, dado que él sí había cumplido con dicha carga fiscal, afectando por consiguiente su patrimonio. En los agravios primero y segundo, sostuvo que el Decreto impugnado no abarcó a todos y cada uno de los contribuyentes del impuesto al activo, sino únicamente a las personas físicas; asimismo, dicho Decreto tomó en consideración elementos ajenos al tributo, como lo son los ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior. Finalmente, se impugnaba el hecho de que el Decreto impugnado no contenía una exención.

La sentencia niega el amparo solicitado, calificando de inoperantes los agravios del peticionario, ya que el Decreto emitido por el Presidente de la República no respondía a un hecho tributario ni fiscal, sino a un fenómeno de la naturaleza o a un problema económico o social. Nos interesa en primer lugar, advertir una distinción paradójica realizada por la Corte entre dos conceptos, tal y como lo demostraremos a continuación.

Los principios de justicia fiscal en realidad no son principios ni normas programáticas, sino derechos fundamentales de corte económico, relacionados con la propiedad y la libertad humana, e inmediatamente vinculantes, es decir, tienen operatividad plena a través de un instrumento jurídico suprallegal, ya que no constituyen meros valores o principios orientadores de la acción estatal si se pondera que poseen verdadera eficacia normativa.

Hasta esta parte, podemos desprender que la corte realiza un reconocimiento expreso de que la proporcionalidad y equidad en materia tributaria son derechos fundamentales, que guardan intrínseca conexión con los derechos fundamentales a la propiedad y libertad humana. Pero lo que más nos llama la atención, es quizá la terminología con la que inicia dicha argumentación cuando establece: “en realidad no son principios ni normas programáticas [...] ya que no constituyen meros valores o principios orientadores de la acción estatal si se pondera que poseen verdadera eficacia normativa”. De acuerdo al razonamiento formulado, el hecho de

que sean reconocidos como principios o valores, los despoja de su eficacia normativa. Líneas después, se realizan las citas de dos autores de derecho tributario, los cuales refuerzan la idea de la conexión entre el derecho tributario y los derechos fundamentales afectados por el hecho impositivo.

Es de igual forma rescatable el argumento sucesivo, ya que hace referencia al principio de eficacia de los derechos fundamentales y la garantía del contenido esencial de los mismos. La contrariedad de conceptos viene momentos después, cuando se afirma lo siguiente:

Los llamados principios de justicia tributaria son derechos fundamentales porque su vigencia tiene tal grado de necesidad, que sin ellos no podría desarrollarse válidamente la actividad financiera estatal, pues tienen el matiz de vincular a los poderes públicos constituidos, por lo que no son en sí mismos un principio, dado que estos se caracterizan porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de posibilidades jurídicas y reales, de tal suerte que su cumplimiento es flexible y admite graduaciones, siendo considerado un simple mandato de optimización estatal, aspectos todos que no se identifican con los denominados por costumbre principios de justicia tributaria.

Reitero, aquí reside un equívoco conceptual y metodológico grave, cuando se clasifica a los principios de justicia tributaria como derechos fundamentales y negarles el carácter de principios. Aún peor, el motivo por el cual se les niega, desde nuestra perspectiva, es el razonamiento que acompaña a la afirmación: “no son en sí mismos un principio, dado que estos se caracterizan porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de posibilidades jurídicas y reales”. Esa misma definición de derechos fundamentales, la realizó Robert Alexy, en su Tratado sobre Teoría de los Derechos Fundamentales décadas atrás, pero cabe advertir que la posición asumida por el iusfilósofo alemán es desde una concepción principalista de los derechos fundamentales, es decir, que éstos son principios o mandatos de optimización, que se realizan dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. En resumen, para esta concepción, resulta de igual forma hablar de principios que de derechos. Por tanto, la distinción conceptual realizada por la Corte al negarles el carácter de principios y después devolvérselos materialmente con su concepto de derechos fundamentales del autor citado, con la finalidad de realizar un análisis de constitucionalidad menos rígido, en nada ayuda a soportar el argumento de la inoperancia de los agravios, relacionado con el hecho de que el Poder Ejecutivo realizaba una función recaudatoria, ajena a los derechos fundamentales de la proporcionalidad y equidad en los tributos.

Ahora bien, la regla que se aplica sobre el principio de igualdad es la siguiente: debe de existir un mandamiento de tratamiento igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y

razonable que permita darles un tratamiento desigual. Mientras que un tratamiento desigual, obliga a establecer diferenciaciones entre supuestos de hecho distintos cuando sea la propia constitución la que imponga dicha diferenciación, es decir, cuando persiga una finalidad constitucionalmente imperativa y dichos medios se encuentren ajustados a esa finalidad, por ejemplo, compensar una situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos.⁶¹

Finalmente, se determinó la constitucionalidad del Decreto, estableciendo que los fines perseguían un objetivo constitucionalmente legítimo, ya que buscaban facilitar la creación y generación de mayores recursos que les permitan a las personas con baja capacidad contributiva y administrativa realizar sus actividades productivas para el beneficio del país. Asimismo, se determinó que dicho decreto era proporcional de acuerdo a la medida adoptada, ya que no afectaba de manera innecesaria o excesiva otros bienes protegidos por la Constitución Federal. En síntesis, el supuesto de hecho diferenciador que permite aplicar de manera distinta el principio de igualdad en una situación y otra es la capacidad económica y administrativa de unas y otras. Es decir, resulta necesario que el Estado impulse las actividades productivas de quienes tienen menor capacidad contributiva, a través de la creación del empleo y la economía en general, ya que normalmente resultan ser los más vulnerables a las condiciones en que se encuentra la economía nacional.

Además, creemos que esta última situación, determinante para medir la proporcionalidad de la medida, fue argumentada de mejor forma, como dato en el amparo en revisión 1834/2006, al anexar información del Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática, en donde se advierte que las pequeñas y medianas empresas tienen importancia en la economía nacional, ya que éstas dieron empleo al 72.9% del personal total ocupado en las unidades económicas. Desde nuestra perspectiva, esto dota de mayor peso para determinar que la medida adoptada por el ejecutivo resultó constitucionalmente legítima.

La última de las reglas que analizaremos en este apartado está relacionada con la imposición de límites al principio de igualdad. Nos referiremos particularmente a la tesis de jurisprudencia 81/2004, derivada de

⁶¹ Considerando Séptimo, Amparo en revisión 1351/2006. De igual forma, la tesis aislada CXXXVIII/2005, con el rubro: IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO, derivada del amparo en revisión 1629/2004, cuyo objeto de impugnación fue el Decreto referido, se determina que: “la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos y situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una “pluralidad de términos de comparación”, los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad”.

distintos amparos en revisión.⁶² Analizaremos cada uno de los casos que dieron lugar a dicha tesis, con el fin de detectar la estructura argumentativa empleada para la resolución de los mismos. Hablaremos en primer término de la jurisprudencia, y sucesivamente, haremos referencia a cada uno de los precedentes que dieron lugar a la misma.

Conforme a esta jurisprudencia, la Corte reconoce a la igualdad como uno de los principios superiores del ordenamiento jurídico, tal y como lo haría en su momento el constitucionalismo y la doctrina jurisprudencial española. Al respecto refiere: “el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación [...]”. Líneas adelante la Corte reitera el criterio sostenido por las tesis jurisprudenciales referidas con antelación en este mismo apartado, al señalar:

el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado [...] el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

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.

El primer asunto, se trata del amparo en revisión 1174/99, resuelto el diecisiete de abril de dos mil uno, en el cual se impugnaban distintos artículos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, reclamando tres aspectos. El auto por el cual se ordenaba la ejecución del laudo arbitral dictado en el procedimiento seguido ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), aduciendo básicamente la inconstitucionalidad de varios preceptos de la referida ley, al establecer en ellos, una diferencia desigual de tratamiento entre proveedores y consumidores. La cual se manifiesta en la ausencia de imparcialidad para realizar este tipo de arbitraje, pues los clientes, cuya representación corre a cargo de la PROFECO, siempre eran favorecidos económicamente. En lo que respecta a las violaciones

⁶² “Igualdad. Límites a este principio”, 9a. Época, 1a. Sala, SJF y su Gaceta XX, Octubre de 2004, p. 99.

específicas en el proceso arbitral, se adujo que se violaban las reglas legales en conciencia y buena fe guardada, que se deben seguir dentro de un arbitraje de amigable composición, violando por consiguiente el derecho fundamental a una resolución fundada y motivada.

Dentro de la estructura argumentativa de la sentencia, se transcribe parte de la exposición de motivos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y se argumenta que dicha normativa tiene la finalidad de procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, a partir de criterios objetivos de equidad, que evitaren el riesgo de intercambios desiguales en las relaciones de consumo. Posteriormente, como premisa mayor de la sentencia, se establece una regla por la jurisprudencia precisada, sobre la prohibición de establecer desigualdad de trato, si ésta no se encuentra justificada en situaciones objetivas y razonables. Finalmente, en una especie de subsunción clásica, se concluye que los artículos impugnados no resultan violatorios del principio de igualdad, pues de la transcripción de la exposición de motivos y el pequeño análisis realizado a la misma, se concluyó que la normativa tenía como finalidad esencial, procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, lo cual resultaba acorde al orden público e interés social.

Posteriormente, en la sentencia se precisa que el trato desigual plasmado en la ley constituía una justificación objetiva y razonable, ya que dichas normas tenían por objetivo lograr la justicia social, en ámbitos regidos por criterios de equidad. Además, que las normas impugnadas establezcan la salvaguarda de los intereses de los consumidores, no implica el perjuicio a los proveedores, pues no implica que vaya a derivar una condena en su contra. Afirmando incluso, que de acuerdo con la doctrina liberal, era falsa la premisa acerca de que el consumidor fuera el que dictara las condiciones del mercado, ya que los mecanismos de producción e intermediación provenían de prácticas monopólicas y hegemónicas, por lo que éste se encontraba desprotegido ante dichas prácticas, pues en tales condiciones inequitativas, renunciaba a sus derechos como consumidor.

Asimismo, el hecho de que la PROFECO sea el organismo que defienda a los consumidores, esto no implica un tratamiento desigual en el proceso arbitral, pues en dicha ley se detallaban los pasos a seguir en un proceso, incluso, precisa que ambas partes pueden invitar a las sesiones de trabajo formadas por unos y otros, en las que pueden formular observaciones a favor de sus intereses. De estos últimos razonamientos, podemos advertir la estructura argumentativa relacionada con la justificación de tratos desiguales, a partir de la objetividad y razonabilidad.

El segundo precedente se refiere al amparo 392/2001, de veintiuno de agosto de dos mil dos, en el cual se impugnaban distintos artículos de la Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros, concre-

tamente la solicitud de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, acerca de informes, consultas y reclamaciones concernientes a su actividad. El actor adujo, *inter alia*, la violación de distintos derechos fundamentales, entre ellos, el principio de igualdad y equidad, en relación con la libertad de trabajo y actos privativos, por el hecho de que la ley impusiera a las instituciones financieras la obligación de regular las relaciones y servicios que prestaran a sus usuarios, en cuanto a consultas y reclamaciones, incluso crear un departamento especializado para la resolución de estas dos últimas actividades.

Al respecto, el análisis de la constitucionalidad de dicha normativa guarda una justificación objetiva y razonable, pues la finalidad constitucionalmente perseguida es reglamentar que las consultas y reclamaciones de los usuarios de servicios financieros sean solucionadas por la propia prestadora del servicio. En esta parte de la sentencia, la Corte realiza un análisis parecido al del caso anterior, al distinguir entre tratamientos desiguales y el principio de igualdad. Sin embargo, concluye su argumentación con la exposición de los criterios del principio de igualdad, es decir, concluye su argumentación con una premisa mayor, para seguir después con el análisis de la garantía individual de seguridad jurídica. En lo particular, considero que resultaba innecesario la invocación o el empleo de las reglas a los límites al principio de igualdad, pues no encuentro la justificación a partir de la cual se determine claramente los hechos o la conexión de estos con el principio de igualdad, derecho a la libertad de trabajo y seguridad jurídica. Constituyendo un análisis independiente de uno con otro.

El penúltimo precedente es relativo a dos amparos directos en revisión 1256/2002 y 913/2003, los cuales versaron sobre la impugnación a los artículos 68 y 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, que en esencia establecen que: “Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito”. Para adquirir dicho reconocimiento bastará su nombramiento por el Consejo de Administración o Consejo Directivo.

Los actores aducían la violación al principio de igualdad, pues dicha legislación establecía un trato discriminado para los banqueros y no banqueros, pues para los primeros, bastaba con la certificación realizada por un contador autorizado por la misma empresa, para que un contrato se convirtiera en un título ejecutivo. Es decir, ante una misma situación jurídica, la ley trataba de forma distinta a las instituciones de crédito y a los particulares. Para apoyar este punto, los actores argumentaron que el legislador no había tomado en cuenta la realidad social protegiendo al débil,

sino que privilegiaba a los bancos, dándoles facilidades para que cualquier documento lo convirtieran en un título ejecutivo, convirtiéndose así en una prerrogativa a favor de los bancos.

En las sentencias apuntadas, la justificación objetiva y razonable que brinda la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de los artículos impugnados, se centra básicamente en la necesidad de que las instituciones bancarias, en virtud de las facultades que gozan las mismas y las circunstancias específicas que las caracterizan, se sitúan en una posición jurídica distinta, en relación a las personas que no desempeñan funciones bancarias. Como soporte a este punto, se citan otros precedentes resueltos con antelación por la misma Suprema Corte. Además, señaló que la normativa citada se fundaba en necesidad de alentar el tráfico mercantil, lo que implicaba establecer las condiciones jurídicas necesarias, y de esta forma permitir la celeridad, seguridad y eficacia en las operaciones que sirven para propiciar el crédito, y por consiguiente, la circulación de la riqueza.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, el actor señalaba igualmente una violación al principio de igualdad procesal, pues de esta manera, los títulos ejecutivos que fueran certificados por el contador constituían una prueba preconstituida, y por consiguiente, se convertían en títulos ejecutivos exigibles en un juicio ejecutivo mercantil, rompiendo en consecuencia la igualdad procesal en materia probatoria, en favor de la institución crediticia, y en perjuicio del particular dentro de un juicio. Al respecto, la Corte sostuvo que no se violaba dicho principio, ya que la normatividad respectiva no establecía la privación de los derechos respectivos a aportar pruebas, alegar, presentar alegatos o impugnar. Incluso, se determinó que es impugnabile de igual forma la falsedad o inexactitud del certificado contable y la calidad de la persona que se dice contador autorizado.

Finalmente, el amparo en revisión 797/2003, en el cual se impugnaba el artículo 49 de la Ley de Concursos Mercantiles, la cual facultaba únicamente al comerciante, visitador, acreedores demandantes y al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia a través de la cual se declarara el inicio de un concurso mercantil. Respecto a la estructura argumentativa empleada en la sentencia, se determinó en primer lugar, el criterio ya establecido sobre los límites al principio de igualdad y los requisitos para la existencia de tratos desiguales. En el caso en particular, se impugnó el desechamiento del recurso de apelación, de parte de un acreedor en dicho proceso. Por lo tanto, el trato justificatorio objetivo y razonable que realizó la Corte fue el siguiente.

Resulta evidente que los acreedores que demandan el concurso mercantil, al provocar el inicio y desarrollo del proceso relativo y, por ende, reconocérseles su legitimación desde la admisión de la demanda, se encuentran en una

situación diferente de aquellos acreedores que no participaron en el procedimiento instaurado para la declaración de concurso mercantil, al no haber ejercido la acción prevista en el artículo 21 de la Ley de Concursos Mercantiles, no obstante estar legitimados para ello; de ahí que, se establece, no puede hablarse de que todos los acreedores (demandantes y no demandantes) estén en igualdad de situaciones y que la ley de la materia les otorgue un trato desigual.

Simultáneamente, se analizó la inconstitucionalidad por violación al debido proceso, específicamente al privar de los acreedores de un derecho sin juicio previo. Se determinó finalmente que no existía tal privación, pues dicha sentencia únicamente daba lugar a que se iniciara el concurso mercantil, cuya finalidad a su vez, consistía en garantizar el cumplimiento de las obligaciones de parte de la empresa acreedora, pero era hasta el momento final del dictado de la sentencia de concurso cuando ésta misma pudiera ser objeto de apelación de parte de todos los sujetos mencionados, incluidos los acreedores no demandantes.

2. EL CASO DE LOS MILITARES CON VIH.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 307/2007 Y OTROS (SCJN)

Por último, tenemos uno de los casos más significativos y emblemáticos acontecidos en los últimos años en nuestro país en materia de interpretación y argumentación para los derechos fundamentales. 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 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.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La jurisprudencia española ha sido muy prolija en el desarrollo del principio de igualdad formal y sustancial. Destaca especialmente la implementación de medidas de acción positivas a favor de los sectores más débiles. La amplitud de este principio ha tenido su desarrollo a partir del principio de proporcionalidad. En el siguiente apartado trataremos de demostrar que nuestra jurisdicción constitucional ha seguido más o menos la misma línea, en el sentido de extender dicha protección constitucional, a través de la realización efectiva del principio de igualdad.

3.1. *Caso Mujeres aviadoras (STC 216/1991), Caso Guarderías, (STC 128/1987), y Caso Diferencias salariales y división por sexo (STC 147/1995)*

La primera sentencia que comentaremos (Mujeres aviadoras), se trata de la solicitud de acceso a las pruebas selectivas para el ingreso a la Academia General del Aire, convocadas por el Gobierno español en 1987. Dicha

solicitud fue rechazada, debido a que aún no entraba en vigor una reforma a la Ley Orgánica sobre criterios básicos de la defensa nacional, la cual sí permitía la incorporación de la mujer en el sector militar.

Al respecto, el Tribunal estableció los primeros criterios a partir de los cuales resolvería en el futuro los casos de tratamiento desigual. El primero es que dicho trato desigual se encontrara justificado en razones objetivas y razonables. La cuestión analizada por el Tribunal se centró básicamente en calificar la razonabilidad del mantenimiento temporal de la diferenciación discriminatoria de no aceptación de la mujer en ese ámbito, ya que se había reformado la Ley Orgánica correspondiente. Uno de los argumentos mayormente recurridos, tanto en la exposición de motivos de la reforma como por los Tribunales inferiores, era el hecho de la inexistencia de las adaptaciones organizativas y de infraestructura en las fuerzas armadas, en perjuicio de la población femenina. En este sentido, se determinó que el legislador no había ofrecido una justificación objetiva y razonable sobre la demora en la adecuación y adaptación correspondiente, por lo que finalmente se le otorgó el amparo a la actora, con la finalidad de que fuera aceptada en la Academia para la cual había aplicado.

El segundo caso aborda el tema de las medidas de acción positiva, a favor de las mujeres. Se trata del Caso Guarderías, (STC 128/1987), donde el actor (hombre) laboraba en un Hospital con la categoría de Ayudante Técnico Sanitario, él solicitó al hospital una cantidad determinada por concepto de guardería, que era reconocido a todas las mujeres que se encontraran trabajando en el centro hospitalario y tuvieran hijos menores de seis años. Este derecho también se encontraba contemplado por la ley a favor de los hombres, siempre y cuando estos se encontraran en estado de viudedad. El actor era casado, y con una hija menor de seis años, por lo que al solicitar dicho concepto, le fue negado por el Hospital, ya que no caía en el supuesto legislativo.

El Tribunal argumentó en primer lugar, que no todo tratamiento desigual resultaba contrario al principio de igualdad, siempre y cuando no se fundara en supuestos de hecho injustificados, de acuerdo con criterios de valor generalmente aceptados. Desde nuestra perspectiva, el razonamiento de mayor peso para determinar la finalidad constitucionalmente legítima, que justificaba el tratamiento desigual reside en los razonamientos de índole sociológico que aportaron los magistrados. Específicamente se estableció que la tasa de actividad de población masculina era notablemente superior a la femenina de casi el doble, dado que las mujeres no podían separarse del cuidado de sus hijos.

La diferencia reside en que existe una innegable mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a

los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños.

Ahora bien, de acuerdo al caso en particular, el actor no se encontraba en dicha situación de desventaja, por lo que la diferencia de trato encontraba razones constitucional y legítimamente razonables.

La siguiente resolución versó sobre la demanda presentada por un sindicato ante el Tribunal Superior del país Vasco, donde se alegaba la discriminación por razón de sexo en sus retribuciones (STC 147/1995). La petición se centraba en que las mujeres de aquella fábrica realizaban un trabajo de igual valor que los hombres, sin embargo, éstos recibían una cantidad mayor por concepto de salario. Por tanto, el Tribunal circunscribió la litis para “determinar de manera cierta si el diferente valor atribuido al trabajo prestado en las secciones en las que, de hecho, solo trabajan varones frente al desempeñado en las secciones en las que, de hecho, sólo trabajan mujeres responde a circunstancias objetivamente acreditadas no vinculadas directa o indirectamente al sexo de los trabajadores”.

A lo largo de una cuidadosa argumentación, el Tribunal realiza un análisis en torno a las alegaciones de la empresa, calificando el trabajo de los hombres “de mayor penosidad y esfuerzo físico y por la necesidad de realizarlo en horas diurnas”. La primera regla para analizar y evaluar de manera objetiva la clase de trabajo que se desempeñaba por uno y otro sexo fue la siguiente. En primer lugar, se argumentó que los criterios de valoración del trabajo, respondían a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo, o por el contrario, elementos comunes. Conforme a los hechos probados en primera instancia, se demostró que la valoración de los trabajos que se efectuaban por las mujeres y los hombres, era globalmente similar. Sin embargo, tal y como advertíamos, las mujeres tenían labores menos penosas, que requerían menor esfuerzo físico y que se desarrollaba en horas diurnas.

Sobre este último punto, el Tribunal Constitucional cita el precedente contenido en la sentencia 145/1991, donde quedó establecido que la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo (mayor penosidad y esfuerzo físico), producía consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer. Sin embargo, en el caso en particular, no se encontraba probado que los criterios usados para justificar la diferencia salarial fuesen neutrales, aplicando al caso en concreto los conceptos de esfuerzo y penosidad de modo no vinculado al diferente sexo de los trabajadores. Asimismo, se determinó que no se habían ponderado los factores con los demás con-

currentes en los respectivos puestos de trabajo, por lo que la valoración del esfuerzo de trabajo, no resultaba objetiva y transparente, convirtiéndose así en un trato discriminatorio en contra de la mujer.

Cada uno de los fallos relatados suscitó grandes polémicas, dado que se trataba del establecimiento de criterios objetivos y razonables, por medio de los cuales se concretizaran las desigualdades de trato y la no discriminación por razón de sexo. Si bien es cierto que en la mayor parte de ellas, el análisis de la constitucionalidad no se realizó en base al principio de proporcionalidad, también lo es que las resoluciones apuntadas datan de los años ochenta y noventa, donde apenas comenzaba a gestarse el referido instrumento como canon de control constitucional. Lo que resulta interesante es la estructura de razonamiento a partir del cual se legitima el fin constitucional que se pretende perseguir. Es decir, a partir de una concepción material de Constitución, apartándose de la visión legalista y formal del principio de igualdad, permitiendo la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y de seguridad social, y de esta forma, tener condiciones dignas de vida.

SÍNTESIS DEL CAPÍTULO II

El enfoque empleado para analizar las sentencias relacionadas en este capítulo se basa en la perspectiva de la doctrina de los precedentes constitucionales. Tal y como advertíamos al inicio de este apartado, existe una crítica muy aguda contra la formación de jurisprudencia en nuestro país, basada principalmente en una mera codificación de las sentencias, en lugar de la difusión del contexto a partir del cual tuvieron origen. Por este motivo, coincidimos con la opinión sostenida por algunos autores, acerca del posible tránsito hacia una verdadera doctrina jurisprudencial, que tome en cuenta el contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles.

Sentado lo anterior, la selección y análisis de los casos se basó en criterios de trascendencia y relevancia, de acuerdo a la teoría axiológica de los derechos fundamentales. Es decir, en la mayor parte de los precedentes analizados, ha sido la primera vez que la Suprema Corte se pronuncia sobre la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, criterios sobre los alcances y límites al principio de igualdad, y el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la limitación o restricción de los derechos fundamentales. En este sentido, las sentencias apuntadas, constituyeron criterios fundacionales o fundadoras de una línea hermenéutica evolutiva liberal de la Corte, y que han tenido una enorme repercusión en el ámbito económico, político y/o social de nuestro país.

De igual manera, la finalidad de presentar un análisis de esta envergadura, ha sido ampliar el abanico de la interpretación constitucional a partir de principios que la misma Suprema Corte ha realizado, especialmente en esta última década, en su calidad de Tribunal Constitucional. Más allá del análisis aislado de las sentencias comparadas de otros Tribunales Constitucionales en el mundo como el español y el alemán, nuestro objetivo fue demostrar que la línea de interpretación y argumentación constitucional ha tomado un camino bastante alentador y favorable para la teoría constitucional, propiciando un notable cambio de paradigma hacia un verdadero Estado Constitucional.

Ejemplo de lo anterior ha sido la aplicación del principio de proporcionalidad en la estructura argumentativa de las sentencias de nuestro más alto Tribunal, e incluso su reconocimiento y obligatoriedad en la jurisprudencia creada por este órgano. Nos referimos específicamente al caso de los militares con VIH, separados de las fuerzas armadas por causa de inutilidad. Esto ha permitido una nueva forma de analizar las violaciones a los derechos fundamentales de manera más novedosa y creativa, siguiendo el modelo continental europeo de proporcionalidad. En este sentido, las sentencias de los Tribunales Constitucionales Alemán y Español respectivamente, nos permitieron identificar dicha estructura argumentativa y la construcción progresiva de un conjunto de reglas que deben seguirse para la aplicación del mismo, tales como el subprincipio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o proporcionalidad).

La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad han sido dos principios que han sido desarrollados tardíamente por la Corte mexicana. Fue hasta inicios del siglo XXI, con el caso de cambio de sexo, que la Suprema Corte los reconociera como parte fundamental y estructural del sistema jurídico mexicano, e incluso como fundadores del resto de los demás derechos fundamentales, teniendo como inspiración la jurisprudencia y derecho internacional y comparado. En este sentido, la jurisprudencia española y alemana sobre dignidad humana son abundantes y proliferas en la creación de reglas y precedentes sobre la prohibición de no instrumentalización del hombre, inspirados en los imperativos categóricos de la filosofía kantiana.

Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad ha sido un principio a partir del cual la Suprema Corte ha derivado la creación de nuevos derechos que no habían sido inicialmente reconocidos en el texto constitucional, tales como el derecho a la imagen, privacidad, intimidad y protección de datos. Dicha situación resulta alentadora y creativa, que nos habla de una nueva forma de interpretación y argumentación en base a principios constitucionales. En este tenor, se analizaron sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los

derechos de transexuales que no se encontraron expresamente en instrumentos nacionales e internacionales. Por este motivo, este último Tribunal Internacional amplió la tutela y protección de los principios constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, con la finalidad reconocer nuevos derechos como el de contraer matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo.

La interpretación del derecho a la vida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido progresivamente garantista. En el presente capítulo se analizaron los casos relativos al aborto y la donación de órganos entre vivos. En el caso del aborto, estamos en desacuerdo por la solución legalista y la evasión de discutir sobre la colisión entre el feto como un bien constitucionalmente tutelado y la libertad sexual y reproductiva de la madre, realizada por la Corte mexicana, sin embargo, estamos de acuerdo con la protección constitucional otorgada al feto, dicho en otros términos, el reconocimiento como un bien constitucionalmente tutelado. Por otra parte, esta interpretación expansiva del derecho fundamental a la vida se vio reflejada en el caso de donación de órganos entre vivos, ya que el juez constitucional amplió este derecho fundamental, expresando que existe una violación al mismo cuando el Estado no proporciona los medios adecuados para que las donaciones se lleven a cabo. Es decir, la vertiente positiva del derecho a la vida y el derecho a la salud.

Finalmente, abordamos el principio de igualdad formal y sustancial desde la perspectiva contemporánea de la teoría jurídica y política. No cabe duda que la Corte mexicana ha trazado la directriz hacia una interpretación expansiva del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, dejando la concepción igualitaria formal a la que tanto había estado acostumbrada. Con el desarrollo de nuevos precedentes, especialmente los relacionados con las medidas de acción positiva y el empleo de criterios objetivos y razonables del principio de proporcionalidad, se han tenido nuevos instrumentos para una mejor comprensión de las desigualdades materiales de la sociedad mexicana y las soluciones para erradicarlas. Sin duda alguna, cabe subrayar que el Tribunal Constitucional mexicano ha retomado las líneas interpretativas de la jurisprudencia española, al llevar a cabo interpretaciones más sustanciales y amplias del significado de la igualdad formal y transitar a una concepción de igualdad política. Esperemos en que estas líneas interpretativas y este modelo argumentativo se mantenga firme, y continúe adquiriendo cada vez mayor peso en cada una de las esferas del sistema constitucional mexicano.

CAPÍTULO III

OBSTÁCULOS Y RETROCESOS DEL MODELO HERMENÉUTICO-ARGUMENTATIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

El objeto del presente apartado es identificar algunas de las principales dificultades que han surgido en la consagración del modelo hermenéutico-argumentativo de derechos fundamentales que diseñamos en el capítulo primero de la presente investigación. Para cumplir lo anterior, continúo con el estudio de los precedentes constitucionales seleccionados. Los temas que ahora se analizarán serán: tutela judicial efectiva, aborto, derecho a la vida y crímenes de lesa humanidad, fuero militar, extensión y límites a la libertad de expresión, así como el tema de los retenes o puestos de revisión.

Sin duda alguna, la enorme trascendencia que ha tenido el debate sobre las extensiones y límites al fuero militar, así como el uso debido de la fuerza pública de parte del Estado, ya sea civil o el apoyo de la milicia para el restablecimiento del orden interno, se ha vuelto una de las temáticas más recurrentes y cotidianas, que sin duda alguna, requiere y exige un compromiso de asunción de responsabilidades integral y de colaboración entre los poderes del Estado. Nuestro máximo Tribunal se ha negado en reiteradas ocasiones a discutir los alcances del fuero militar (hasta antes de 2011), así como el tema de los puestos de revisión o retenes, y las reglas específicas que deben seguirse en los mismos, dejando pasar una valiosa oportunidad para legitimarse como verdadero órgano de control constitucional que presume ser y postergando los análisis de fondo que se requieren en nuestra incipiente justicia constitucional.

Aunado a ello, existe una grave deficiencia en los instrumentos de tutela de justicia. La mayor parte de las sentencias que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano, han denunciado la ineffectividad del derecho a una tutela de justicia efectiva. De igual importancia es el tema del aborto, que ante el análisis evasivo y tímido de colisión entre derechos o bienes constitucionales en conflicto por la Suprema Corte, algunos Estados de la República han revirado para crear (en un ejercicio legítimo, soberano y democrático según aquéllos) las

denominadas leyes antiaborto, con la finalidad de penalizar como homicidio el delito de aborto (desde la perspectiva de algunas organizaciones no gubernamentales) y criminalizar la libertad sexual de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo.

El compromiso del Estado a inicios del presente siglo, para perseguir los delitos cometidos durante la guerra sucia, fue uno de los bonos democráticos y de legitimidad con el que dio inicio la transición política en nuestro país. Sin embargo, esto ha ido debilitándose progresivamente. La negativa de nuestra Corte de perseguir los delitos cometidos por algunos de los servidores públicos responsables de la llamada guerra sucia durante los años setenta y ochenta, es claro ejemplo de ello. Dicho análisis, será realizado desde la perspectiva de la famosa fórmula de Radbruch del derecho injusto.

En los apartados sucesivos se analizarán varios casos relacionados con el derecho a la libertad de expresión: contenido, extensión y límites conforme a la jurisprudencia mexicana y comparada, teniendo como referentes los casos del llamado “Poeta maldito” y “Martha Sahagún” respectivamente. El primero de ellos, recibiendo una crítica devastadora por los círculos académicos más reconocidos del país, ya que se criminalizó el ejercicio de la libertad artística (derecho derivado de la libertad de expresión). Mientras que el caso de Martha Sahagún, desde nuestra perspectiva, constituyó un mal ejercicio del principio de proporcionalidad para resolver la colisión de derechos de libertad de expresión y el derecho a la intimidad, volviendo por consiguiente nugatorio y vaciando de contenido este último derecho fundamental.

El fortalecimiento del Estado Constitucional requiere un compromiso institucional profesional, coherente con los graves problemas sociales que nos aquejan. Nuestra Corte, en su calidad de Tribunal Constitucional, no puede seguir evadiendo su responsabilidad histórica que tiene ante la sociedad. Cada argumento legalista plasmado en sus sentencias, es reflejo de una grave falta de profesionalismo para asumir los problemas como suyos y proyectar la verdadera justicia constitucional, dejando de lado su timidez habitual con la que ejerce el control constitucional de los actos públicos más trascendentales en el país, ya que de no hacerlo ahora, seguiremos sufriendo las consecuencias políticas, económicas y sociales de estas omisiones.

Precisamente, la finalidad del presente capítulo es mostrar esas debilidades que se ven reflejadas a diario en sus sentencias, a través de las técnicas argumentativas defectuosas que hemos encontrado en algunos de esos proyectos, algunos de ellos, defensores aún de un legalismo a ultranza, que no ve más allá de los confines del viejo modelo de garantías individuales anclado a un positivismo jurídico decimonónico del cual dan cuenta los principales teóricos de ese sistema que pretende ser superado.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS EFICACES:
EL DERECHO A UNA TUTELA DE JUSTICIA EFECTIVA

El derecho a una tutela de justicia efectiva es uno de los principales pilares de nuestro incipiente Estado Constitucional. Los requisitos de sencillez, efectividad e idoneidad han representado una asignatura bastante difícil para los juristas y los operadores del derecho en este país. En el capítulo primero de esta investigación, nos encargamos de denunciar las debilidades del juicio de amparo como instrumento para la tutela de los derechos fundamentales. La crítica que hacíamos versaba en su excesivo tecnicismo, que lo ha convertido en un mero instrumento clasicista, alejado de los intereses de las mayorías.¹

Aunado a ello, el catálogo amplísimo de las causales de improcedencia para evadir el estudio de las cuestiones de fondo, se ha convertido en uno de los argumentos más recurrentes por la justicia mexicana, sobre todo cuando se refieren a temas que requieren suma complejidad, como los retenes militares o los límites del fuero militar en el inicio de los debates, por citar algunos ejemplos. Aún peor, el desechamiento de cientos de demandas de amparo interpuestas a través del calificativo de “agravios inoperantes”, en muchas ocasiones tratándose de una equivalencia errónea de los conceptos de derecho subjetivo e interés jurídico, obligando incluso a los promoventes de las demandas a demostrar su interés jurídico activo en los juicios de amparo que promueven, e incluso negando la existencia de un derecho fundamental cuando no existen mecanismos efectivos para su tutela.

La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el caso Castañeda, representa el primer caso de falta de un recurso efectivo para acceder a la justicia mexicana, y de esta forma, hacer efectivo el derecho político que tenía el actor de aquél juicio. Aunque dicha resolución de la Corte Interamericana condenó al Estado mexicano por la violación del derecho de

¹ Resulta de suma importancia, recordar que en nuestro país no existía la figura de la acción colectiva hasta antes de mayo 2010, a través de una sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuyo recurso procesal se encuentra pendiente en el proyecto de Ley de Amparo en el Senado de la República. De igual forma, los derechos sociales no tienen un mecanismo judicial para hacerlos efectivos. Ha sido hasta hace menos de una década, que han surgido movimientos que han tratado progresivamente de dar apertura al sistema judicial federal, con la finalidad de hacer accesible al ordinario de la gente, los distintos instrumentos para la protección efectiva de los derechos humanos. *Vid.* VV. AA. *EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN MÉXICO: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico (Experiencias de la sociedad civil)*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2007.

acceso a la justicia, las subsecuentes condenas realizadas por este mismo organismo en otros casos, han sido por la falta de análisis y la evasión del debate de fondo para analizar los alcances del fuero militar, teniendo mayor repercusión en el ámbito social y político del país.

Por estos motivos, consideramos pertinente abordar como primer derecho fundamental en este capítulo, el derecho a una tutela de justicia efectiva, conforme a los parámetros que ha distinguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros Tribunales Internacionales y comparados en el mundo. El primero caso es el de Jorge Castañeda, donde la Corte mexicana rechazó en primer término, la posibilidad de debatir y entrar al fondo del caso, recibiendo posteriormente la condena de la Corte Interamericana, por no haber brindado los recursos efectivos para plantear la inconstitucionalidad de las candidaturas partidistas en México.

1. EL CASO CASTAÑEDA: LA FALTA DE UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO, ACCESIBLE E IDÓNEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: PRIMERA LLAMADA DE ATENCIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA (AMPARO EN REVISIÓN 743/2005 Y LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

La protección de los derechos fundamentales ha sido tradicionalmente a través del juicio de amparo. Sin embargo, los derechos políticos no fueron considerados en un inicio como derechos fundamentales,² ni existían (antes de finales de la década de los noventa) mecanismos efectivos para la defensa de los mismos, lo cual ocasionaba un gran vacío en el derecho a una tutela de justicia efectiva.

La creación del denominado *Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales*, vino a colmar esa laguna, sin embargo, el no considerar a los derechos políticos como garantías individuales por largas décadas,³ fue sostenido por mucho tiempo por la Suprema Corte de nuestro país.

² El maestro Carlos BERNAL PULIDO distingue dos clases de propiedades de los derechos fundamentales: las formales y las materiales. Las primeras se refieren al *nomen juris* que adoptan en la Constitución, o por la jurisprudencia constitucional, situación que nos parece limitativa y restrictiva, por lo que coincidimos con su propuesta de las propiedades materiales de los derechos fundamentales, advirtiendo que un derecho subjetivo ha de ser considerado derecho fundamental “si protege alguna de las actividades básicas ligadas del concepto liberal de persona, alguna de las facultades básicas dirigidas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo”. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEPJF*, México, TEPJF, p. 61.

³ Vid. REYES ZAPATA, Mauro Reyes, “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano” en *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2002, pp. 773-792.

Los principales motivos para no considerarlos han sido variados: la no intromisión de la Suprema Corte en cuestiones políticas (*Political questions*), y otras que, desde nuestra perspectiva, resultan en sí mismas absurdas, como aquél argumento de que no se encontraban dentro de los primeros veintinueve artículos o en el apartado de “Garantías Individuales”, siendo el criterio más flexible aquél que establece que, además de aducir violaciones a los derechos políticos, se argumente la violación a otros derechos públicos subjetivos.⁴

Los derechos políticos constituyen una de las clasificaciones más difíciles de desarrollar en la ciencia constitucional, debido a la compleja 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 a las dos anteriores ciencias el replanteamiento de sus postulados. La profesora Antonieta Ocampo Delahaza sintetiza cuatro motivos que desde nuestra perspectiva deben ser considerados válidos, para considerarlos como parte de nuestros derechos fundamentales:⁵

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 qué consiste esta participación, en la doctrina se está materializando a través su reconocimiento como derecho fundamental;
3. La incorporación de los derechos políticos en las constituciones democráticas 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.

⁴ Al respecto, pueden consultarse las siguientes tesis y jurisprudencias (por respeto al lector, omitimos el texto de las mismas): 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 PREVÉ. Tesis: P./J. 83/2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 984. Asimismo, la mayor parte de los criterios de la octava época hacia atrás, son bastante deterministas, en el sentido de limitar el ejercicio del juicio de amparo contra violaciones a derechos políticos: DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA LEYES DE CONTENIDO POLÍTICO ELECTORAL, SI LA CONTROVERSIA VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE. Tesis: 2a. XIII/94. Semanario Judicial de la Federación XIV, Octubre de 1994, p. 33;

⁵ OCAMPO DELAHAZA, Antonieta, *Teoría de los derechos políticos*, Lima, Fondo Editorial del Banco Central de Reserva del Perú, 1997, pp. 80-81.

De esta forma, los derechos políticos deben ser entendidos 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.”⁶ Estos derechos se distinguen de los derechos civiles, debido a que los derechos políticos facultan al individuo participar en la vida pública. En cuanto a su normatividad, se encuentran reconocidos en distintos Tratados y Convenciones Internacionales que ha suscrito México. La Constitución mexicana consagra un conjunto de derechos y deberes ciudadanos:⁷

- 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 efectivos,⁸ de igual manera se hizo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰

La jurisdicción constitucional electoral ha creado distintos órganos y autoridades electorales estableciendo competencias específicas para cada uno de estos.¹¹ En particular, el sistema de medios de impugnación está compuesto por medios procesales, recursos propiamente dichos así como los juicios impugnativos.¹² Los remedios son los más simples, pues per-

⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús y CARBONELL, Miguel, “Voz: Derechos del ciudadano”, en *Enciclopedia jurídica Latinoamericana*, t. IV, México, Editorial Porrúa-UNAM-IJ, 2006, pp. 629-633.

⁷ Art. 34 CPEUM

⁸ Arts. 21 y 8º Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

⁹ Art. 25.

¹⁰ Arts. 23 y 25.

¹¹ GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Electoral Mexicano*, México, Mac-Graw-Hill, 1997, p. 72.

¹² 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-IJ, 1992, pp. 20 y ss.

miten al órgano emisor remediar sus errores de cálculo, en la persona o en el objeto de litigio. Los recursos son los medios de defensa que abren una segunda instancia judicial ante un órgano superior, quien es el encargado de solucionar en definitiva las causas del agravio aducidas por el recurrente. Finalmente, los procesos tienen como finalidad verificar supuestas ilegalidades al fallo recurrido, a través de un nuevo examen de la sentencia impugnada.

De esta manera, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-electorales del Ciudadano se ha convertido en el instrumento básico para la protección y defensa de los derechos políticos en nuestro país.¹³ Dicho juicio encuentra su fundamento en el artículo 99 constitucional, fracción V, y está reglamentado en la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Tiempo después de la demanda de Jorge Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reforma constitucional electoral (2008) adicionó la facultad del TEPJF para desaplicar normas que a su juicio, resultaran inconstitucionales a los casos en particular.

En este sentido, los actos que son recurribles por medio de este juicio se han ido ampliando a un sinnúmero de supuestos que antes no existían o eran impensables en la justicia electoral, tal es el caso del derecho de acceso a la información, el derecho a una efectiva justicia partidaria, e incluso el establecimiento de procedimientos democráticos para seleccionar a sus candidatos, y últimamente se agregó la facultad para decidir conflictos relacionados con las violaciones de actos derivados de acceso a los cargos públicos.¹⁴

¹³ La LGSMIME establece en su artículo 79, párrafo 1: es procedente cuando un ciudadano por sí mismo y en forma individual haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar en forma pacífica de los asuntos políticos y de afiliarse libremente e individualmente a los partidos políticos, este último supuesto se ha ampliado de manera progresiva, ampliando su abanico de protección a cualquier acto de los partidos políticos que vulnere o restrinja los derechos políticos de los militantes.

¹⁴ Estos son algunos de los criterios más relevantes que la Sala Superior ha establecido: "DERECHO DE AFILIACIÓN DE LOS CIUDADANOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ALCANCES". Tesis relevante S3EL 021/99, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 490 y 491.

"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.

"ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. SU VIOLACIÓN CONTRAVIENE LA LEY". Tesis de jurisprudencia S3ELJ 009/2003, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 562-564.

"DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCE". Tesis relevante S3EL 038/2005, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 485-487.

El presente asunto que analizaremos, trata 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.

La primera de ellas, era porque de conformidad con el artículo 175, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), correspondía únicamente a los partidos políticos nacionales, solicitar el registro de candidatos a elección popular. El segundo argumento estuvo relacionado con la temporalidad de la solicitud, ya que a todas luces resultaba totalmente extemporánea su petición, dado que el plazo señalado por la legislación para registrarse como candidato era del 1º al 15 de enero del mismo año de 2006.

Una vez resuelto este punto, Jorge Castañeda presentó el 29 de marzo de 2004, una demanda de amparo en contra de la resolución relatada en el párrafo anterior, cuestionando la constitucionalidad de diversos preceptos del COFIPE (arts. 175, 176, 177 párr. 1, inciso e) y 178) que regulaban el derecho fundamental de acceso a un cargo público, a través de un partido político, y por consiguiente, la posibilidad de que él pudiera ser un candidato independiente a la Presidencia de la República. Asimismo, impugnó la negativa del organismo que le negó su registro como candidato al cargo público para el que pretendía contender.

El 16 de julio de 2004, el Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, declaró improcedente su demanda de amparo, por sobrevenir una de las causales de improcedencia señaladas en la misma Ley de Amparo (art. 73, fracc. VII), ya que se trataba de un asunto político. Inconforme con ello, interpuso un recurso de revisión, solicitando se declarara inconstitucional la obligación de las leyes electorales de postularse para el cargo que pretendía a través de un partido político. La Suprema Corte de Justicia a través del ejercicio de su facultad de atracción conoció el caso, pues se trataba de una interpretación directa del COFIPE, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

"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.

Finalmente, en sesión pública de 8 y 16 de agosto de 2005, con una votación de seis contra cinco, la Corte confirmó la sentencia recurrida, y declaró improcedente el amparo, sin analizar por consiguiente el fondo del asunto. Los argumentos empleados para desechar el caso fueron los siguientes.

1. Se trataba de actos vinculados con los derechos políticos, por lo que sobrevendría una causal notoria de improcedencia (argumentos del Juez de Distrito);
2. Porque la única vía para impugnar leyes electorales era a través de las acciones de inconstitucionalidad, previstas por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal (a la cual, por cierto, no tienen acceso los ciudadanos); y
3. El juicio de amparo era improcedente porque se impugnaba la omisión de una ley, mientras que el efecto de relatividad en las sentencias de amparo, prohibía que las sentencias que se dicten en el juicio de amparo, pudieran tener efectos generales.

La propuesta de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, consistía en que se remitiera al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para su análisis, propuesta que no fue aceptada por la mayoría. La disyuntiva era clara, ante la imposibilidad de la Corte para analizar dicho asunto, quedaba únicamente la vía de la jurisdicción constitucional electoral. Sin embargo, ya la misma Suprema Corte, en el año 2000, le había prohibido al Tribunal Electoral¹⁵ (como consecuencia del juicio de revisión constitucional 209/1999) realizar cualquier clase de interpretación constitucional a éste, por lo que cerró la puerta para el control abstracto de las leyes electorales o aplicación de las mismas.

En este orden de ideas es indudable que el Tribunal Electoral, al resolver el juicio de Revisión Constitucional Electoral de referencia incurrió en dos errores; el primero, al haberse apartado de lo que es de su competencia y resolver fuera de ella, y el segundo, al establecer una interpretación diversa a la contenida en las Tesis de Jurisprudencia en las que ya se había determinado la interpretación y alcance de los artículos 54 y 116, fracción IV, Constitucionales; en consecuencia dicho Tribunal Electoral, por una parte incurre en inobservancia al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

¹⁵ Se ha discutido intensamente si el TEPJF es un verdadero Tribunal que ejerce una jurisdicción constitucional electoral efectiva. Desde nuestra perspectiva, creemos que tal aseveración es verdadera, con los matices adecuados, ya que dicha función la comparte con la Suprema Corte de Justicia (la denominada doble cúspide), cuando se refiere a control abstracto, ya que esta función le corresponde a ésta última (acciones de inconstitucionalidad). Pero más allá de la estructura orgánica que deba tener, creemos que lo primordial es la creación de mecanismos eficaces de garantía de los derechos político-electorales. *Vid.* DÍAZ REVORIO, Francisco, *El control constitucional del Tribunal Electoral*, México, TEPJF, 2010, p. 58.

canos y por otra parte infringe el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al contravenir un pronunciamiento de este Tribunal que tiene las características de firmeza y obligatoriedad constitucional, proceder que en tal virtud afecta la seguridad jurídica que se busca salvaguardar al resolver estos medios de control constitucional.

Por lo anterior, se debe reiterar la obligatoriedad en todos sus términos de las jurisprudencias de este Alto Tribunal, antes relacionadas, para la Sala Superior y Salas Regionales del Tribunal Electoral las que deberán en el futuro de abstenerse, de efectuar pronunciamiento alguno sobre la inconstitucionalidad de leyes, aun cuando se pretenda realizarlo so pretexto de buscar su inaplicación; así como de incurrir nuevamente en inobservancia a la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe resaltar que existió una minoría que estuvo a favor de la procedencia de dicho juicio, y por consiguiente, entrar al estudio de fondo del asunto planteado, con base en lo dicho a continuación.

1. Se trataba de la violación del derecho de acceso a la justicia (art. 17 de la CPEUM), ya que el juicio de amparo es el único instrumento con el que contaba el quejoso para combatir las normas secundarias (COFIPE) teniendo en cuenta el planteamiento en abstracto de una norma;
2. El juicio de amparo resultaría procedente, ya que el quejoso no invocaba únicamente la violación a sus derechos políticos, sino que ad-juntos a estos, reclamaba la violación a su derecho de asociación e igualdad; cuestiones que si podían ser materia de juicio de amparo.

El voto particular del ministro José Ramón Cossío planteaba, en esencia, entrar al estudio de fondo del asunto, a través de la ruptura de criterios que habían sido tradicionalmente aceptados en la Corte, tales como la incompetencia de origen y el bloque creado para que el Tribunal Electoral no pudiera ejercer el control constitucional electoral. Por otra parte, el voto del ministro Góngora Pimentel fue más osado, al plantear el amparo a Castañeda, a partir de un análisis sociopolítico de la cuestión pública en nuestro país, así como del exceso de partidocracia, que ha debilitado gravemente la esfera pública.

Siguiendo con el proceso a nivel internacional. Una vez agotado el principio de definitividad a nivel nacional, éste presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de octubre de 2005, solicitando medidas cautelares. La solicitud fue admitida y la misma Comisión pidió a la Corte las medidas provisionales, consistentes en el registro de Castañeda como candidato. Situación a la cual la Corte Interamericana emitió un fuerte regaño a aquella, puesto que de ordenarlo, se hubiera entrado al fondo del asunto, por consiguiente, a un juzgamiento anticipado. Finalmente, el 6 de agosto de 2008, la Corte Interamericana dictó sentencia definitiva, en donde condenó al Estado mexicano debido a

que los sistemas judiciales internos no proporcionaron a Jorge Castañeda un recurso sencillo, efectivo e idóneo para plantear la posible inconstitucionalidad de las candidaturas partidistas consagradas en el COFIPE.

Sobre el Juicio para la protección de los derechos político electorales, resolvieron que éste no constituía un recurso idóneo para acceder al derecho a la tutela de justicia efectiva, ya que, con dicho medio de impugnación no se tenía la posibilidad de exigir la inconstitucionalidad por parte de un ciudadano de una norma del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, particularmente aquel que obliga a postularse por medio de una candidatura partidista.¹⁶ Ahora bien, la violación al derecho de una tutela de justicia efectiva de parte del Estado mexicano hacia Castañeda, ocurrió por la inexistencia en el marco jurídico mexicano de un recurso que le permitiera solicitar la inconstitucionalidad de una norma, violando de esta forma el principio de efectividad del derecho al acceso de justicia. De igual manera, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, no le permitía solicitar la inconstitucionalidad de una norma del COFIPE, mientras que el juicio de Amparo era improcedente para reclamar derechos político-electorales, por lo que no se resolvió el fondo del asunto.¹⁷

En relación con el planteamiento de fondo, 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.¹⁸

¹⁶ Párr. 95 a 96 de la sentencia.

¹⁷ Párr. 108-133 de la sentencia.

¹⁸ Párr. 134-160.

Aunado a lo anterior, la Corte argumentó 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 incoachable, 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 compatibles 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.¹⁹

II. EL DERECHO A LA VIDA Y LA NEGATIVA DE LA CORTE A REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO SOBRE POSIBLES COLISIONES SOBRE EL LIBRE DESARROLLO A LA PERSONALIDAD DE LA MUJER Y EL BIEN CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO

Para llevar a cabo el presente análisis, utilizaremos la metodología argumentativa elaborada por Manuel ATIENZA,²⁰ así como el empleo del principio de proporcionalidad y la ponderación como métodos para la solución de conflictos entre bienes o derechos constitucionales que se encuentren en conflicto, en este caso, se tratará de los derechos de la mujer frente a los derechos del nasciturus. Lo anterior, en base a labor de hermenéutica y de argumentación jurídica que debe llevar a cabo el juez al momento de resolver conflictos en donde colisionan dos principios o valores fundamentales. En este sentido, cabe precisar los principios a los que hace alusión el profesor de la Universidad de Alicante para la resolución de casos difíciles o trágicos desde su perspectiva. Nos centraremos básicamente en los principios de autonomía y utilitarismo restringido.

Principio de autonomía. Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta.

Principio de dignidad. Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio.

¹⁹ Párr. 170-205.

²⁰ ATIENZA, Manuel, "Juridificar la bioética una propuesta metodológica" en *Bioética, derecho y argumentación*, Palestra, Lima-Bogotá, 2004, pp. 33-80.

Principio de utilitarismo restringido. Es ilícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que le supone un daño), si con ella:

- Se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro y otros, y
- Se cuente con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y
- Se trata de una medida no degradante.

De acuerdo al modelo argumentativo descrito, utilizaremos el principio de utilitarismo restringido, para la solución para los casos sobre el aborto y lo propondremos como solución para los conflictos de las leyes antiaborto. Creemos que el conflicto principal es claro: “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”.²¹

En primer lugar, explicaremos el primer caso de constitucionalidad relativo a la despenalización del aborto dentro de los primeros tres meses de gestación. Al respecto, nos dedicaremos al análisis detallado sobre los principales argumentos que la Corte mexicana utilizó para la justificación de dicha resolución, principalmente aquellos que se relacionan con el ejercicio de ponderación realizado por la Asamblea Constituyente del Distrito Federal, que posteriormente avalaron los ministros en la sentencia recaída a dicha acción de inconstitucionalidad.

Sobre este punto, creemos que la Corte ha retrocedido en la consagración de su anterior precedente, donde otorgó un reconocimiento del derecho a la vida al producto de la concepción, ya que en la resolución apuntada se realiza una tímida ponderación de derechos y bienes constitucionales en conflicto. Todo esto, será analizado a la luz de la doctrina jurisprudencial comparada de España y Alemania respectivamente. Posterior a ello, efectuaremos un análisis crítico sobre las leyes antiaborto así como el posible análisis constitucional de las mismas, bajo el molde formalista que fue empleado en la última resolución dictada con motivo de la despenalización del aborto, y finalmente, proponer una metodología de análisis conforme a valores y principios en conflicto, así como el empleo del canon de proporcionalidad y ponderación.

1. EL ABORTO CONFORME A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y 147/2007

El veintiocho de agosto de dos mil ocho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de más de diecisiete horas de sesiones públicas y la

²¹ BverfGE 39, I de 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, de 28 de mayo de 1993.

participación de filósofos, jerarcas religiosos, juristas, politólogos, entre otros ciudadanos de las más variadas posturas a favor y en contra de la legislación de la ciudad de México que despenalizaba el aborto,²² emitió la sentencia definitiva que reconoce la constitucionalidad de los artículos 144 al 148 del Código Penal de aquella entidad, los preceptos 16 bis 6, y su tercer párrafo; así como el 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud del Distrito Federal, con una votación a favor de 8 ministros y 3 en contra, del engrose presentado por el ministro José Ramón Cossío,²³ interpuesta por Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República. Los preceptos impugnados establecen lo siguiente:

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo.

En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

²² Al respecto, se creó un micrositio web por la Suprema Corte de Justicia de la Nación donde se lleva a cabo un análisis de derecho comparado de todos los Tribunales Constitucionales en el mundo que se han pronunciado sobre la despenalización del aborto. Asimismo, se incluyen las más variadas posturas doctrinales sobre la misma temática, incluyendo las versiones estenográficas de las personas que participaron en las audiencias públicas a las que asistieron e intervinieron los ministros de la Suprema Corte de Justicia. <http://informa-scn.webcom.com.mx/inicio.html>

²³ El proyecto original fue encargado al ministro Salvador Aguirre Anguiano, en cuyo texto proponía declarar la invalidez de las normas sometidas a debate, ocho de los ministros de la Corte votaron en contra, y sostuvieron la constitucionalidad de la reforma. Posterior a ello, le fue encargado el proyecto al ministro José Ramón Cossío.

Los conceptos de violación y agravios expuestos por los demandantes, podemos sintetizarlos de la siguiente forma. ¿La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, carecía de competencias por razón de la materia para efectuar la reforma? ¿La definición de embarazo que realiza la Asamblea Legislativa resulta inconstitucional por carecer de competencias? ¿La reforma penal atenta contra el derecho a la vida? ¿Violan las disposiciones impugnadas el derecho de igualdad? A continuación, analizaremos cada uno de los planteamientos realizados a la Suprema Corte, conforme al estudio hecho en la sentencia, respondiendo brevemente a las preguntas formuladas, y posteriormente, llevar a cabo el análisis detenido sobre la metodología empleada en esta resolución por los ministros.

En primer término, en lo que respecta a la Ley General de Salud, se resolvió que las autoridades competentes, tenían la obligación de atender las solicitudes de interrupción del embarazo, y estos deberían practicar las interrupciones solicitadas en un plazo breve (5 días).

Ahora bien, en lo referente a la esfera competencial para legislar en materia de salud, destaca el estudio realizado en el proyecto del ministro José Ramón Cossío: *¿en materias concurrentes, (salud) deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la ley general, o también las normas que la desarrollan a nivel federal, como reglamentos y normas oficiales mexicanas? Asimismo, se trató de establecer si las definiciones como “embarazo” establecidas en una ley general debían ser obligatorias para todos los restantes ámbitos normativos componentes del sistema federal.*

Se determinó finalmente, que la Asamblea no invadía competencias con la reforma realizada, ya que se ejerció dentro de los límites que establece la misma Ley General de Salud. Además, se resolvió que en dicha normativa no se estableció ninguna definición de embarazo que los legisladores locales se encontraran obligados a seguir. En adición a ello, la definición que aparecía en el Reglamento de esa Ley, únicamente era aplicable a efectos de investigación, pero la misma no era de carácter general. No obstante lo anterior, aún cuando el legislador federal hubiera establecido en la Ley General de Salud una definición de embarazo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contaría con autonomía en materias de su competencia, como resulta ser la materia penal.

Resulta demasiado extraño en el proyecto, la incorporación de siete votos concurrentes (mayoría, con excepción del ministro ponente) y tres votos de minoría, que de alguna forma, la mayor parte de ellos se encontraban de acuerdo con el empleo del principio de proporcionalidad, y por consiguiente, la subsecuente ponderación para resolver el planteamiento realizado por el demandante. La negativa en la sentencia de ponderar un bien constitucional (feto) frente al derecho a la libertad sexual de la mujer, resulta un argumento bastante tímido, evasivo del problema moral que implicaba analizar el conflicto escabroso entre los principios constitucionales enunciados.

La discusión más evasiva reside en el planteamiento sobre la violación al derecho a la vida. En este punto, se determinó que la Constitución mexicana no reconoce un derecho a la vida “en sentido normativo”, pero una vez que existe “vida”, el Estado se encuentra obligado a promocionarla y a desarrollar las condiciones para protegerla desde el momento de la concepción. Cuestión que desarrollaremos más adelante. Los sucesivos planteamientos relativos a la violación del derecho a la igualdad tanto para el hombre y mujer (menor de edad), se determinó que los varones no les perjudicaba, esencialmente por la singularidad de la posición de la mujer, que justifica que sea ella quien decida. Respecto a las mujeres menores de edad, el Tribunal señaló que al no tener previstas dichas condiciones, no existían motivos para pensar que las reglas sobre el consentimiento informado, no eran aplicables de igual forma al presente caso.

Sobre los restantes agravios concernientes a la violación de los principios de legalidad, certidumbre, exacta aplicación de la ley penal y penas desproporcionales, se dijo que los citados artículos eran suficientemente claros. Respecto a si las penas resultaban desproporcionales, se concluyó que se trataba de una atenuación de una pena a la mujer que consienta o se le practique su aborto después de las doce semanas. Otro de los argumentos para negar la existencia de una posible colisión entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y los derechos del feto. En relación con los criterios jurisprudenciales de países como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, España y Colombia, manifestó lo siguiente:

En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada punible.

El primer argumento para desnaturalizar el debate sobre una posible colisión inicia con el planteamiento de si existe un derecho a la vida en la Constitución mexicana. Inicialmente se lleva a cabo un estudio relacionado con los Tratados Internacionales y la interpretación sistemática para encontrar una posible existencia del derecho a la vida en la Constitución mexicana. La conclusión resulta demasiado curiosa, ya que después de una especie de un denso análisis, se determina:

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.

La primera pregunta que nos surge de lo anterior es la siguiente: ¿pueden existir entonces derechos fundamentales en sentido normativo y extra-

normativos? Más raro aún resulta el argumento sucesivo que dice: “no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico”. Esto, es sin duda un argumento positivista prescriptivo, que busca soluciones fáciles a un problema de difícil envergadura, ya que su solución no puede encontrarse en tratar de encontrar un artículo en la Constitución que obligue al legislador a penalizar el aborto, como se hace en la resolución (pp. 158-160). No obstante, advierte que la descriminalización de conductas, se encuentra prohibida si va en contra de lo establecido en el artículo primero (principio de no discriminación).

La existencia de obligaciones para el legislador de penalizar conductas, de prohibición sobre la descriminalización de conductas relativas a la violación al principio de igualdad y no discriminación, por alguna de las causas establecidas en el artículo primero de nuestra Constitución, resulta una de las principales condicionantes para respetar el “ejercicio democrático” de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, ya que lo único que se hace es reconocer la constitucionalidad de algo que previamente había sido considerado válido, pues se trataba del ejercicio democrático del legislador de aquella entidad. Posterior a esto, se realiza una apología de cada uno de los argumentos del constituyente al momento de aprobar la reforma.

De la página 182 a la 186 de la sentencia que comentamos, el Tribunal decidió que el legislador del Distrito Federal había realizado un “ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático (véase pág. 183)”. No obstante, el mencionado ejercicio de ponderación resulta ser muy tenue y evade el posible análisis frontal conforme a un esquema de ponderación entre derechos y bienes constitucionalmente tutelados. Concluyendo su postura, la Corte determinó que no existía un mandato constitucional que obligara al Congreso a penalizar dicha conducta. Además, la ponderación realizada por ellos, había resultado acorde a los principios democráticos (nótese el énfasis en el principio democrático).

En torno al agravio relativo al principio de igualdad, no hay mucho que decir, pues la resolución insiste en que el legislador democrático, ya había definido cuales eran las conductas que deberían ser penalizadas en el caso. Y en caso de hacer lo contrario, “cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión re- penalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones u obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal”.

En definitiva, creemos que se trata de una tímida decisión que sigue anclada bajo el viejo esquema de las garantías individuales positivista y

caduco, ya que el ejercicio del control constitucional de las reformas sometidas al análisis, se ejerció de manera tímida y sin ir más allá del mero reverencialismo al principio democrático, dejando de lado el principio de supremacía constitucional. Incluso, resulta difícil encontrar la *ratio decidendi* de la propia sentencia. Otra de las cuestiones que más llaman nuestra atención es la invocación a la coherencia del sistema constitucional, a través de la cita de una jurisprudencia que ha aparecido en otros proyectos ya analizados (y posteriores) en este trabajo. CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL.²⁴ Desde nuestra perspectiva, el planteamiento reside en la peligrosa invocación de dicha jurisprudencia para sostener posteriormente que no puede, conforme a un ejercicio de ponderación, declarar que un derecho o bien constitucional (ya sea de la vida del producto de la concepción o de la madre) prevalecen el uno sobre el otro. Creemos que este miedo, 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 o principio de proporcionalidad, alguno de los derechos fundamentales que prevalecieran sobre el caso en particular. Situación que sería muy defendible si nuestro contexto fuera el de hace medio siglo, o incluso, antes de la aparición de los Tribunales Constitucionales.

Ahora nos ocuparemos de analizar los votos concurrentes y de minoría de los ministros que así lo hicieron. Que por extraño que parezca, con excepción del ministro ponente, elaboraron esquemas argumentativos distintos al expuesto en la versión definitiva que consta en la sentencia.

El primer voto concurrente es el del ministro Genaro David Góngora Pimentel. De manera escasa y pobre, se refiere que “sin duda, existe un importante conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo entraña en su cuerpo”. Más adelante, se otorgan datos relativos a abortos ilegales en México que tratan de demostrar que la penalización del aborto causaría una discriminación en contra de la mujer, además de violar su derecho fundamental a la sexualidad libre y responsable. En adición a ello, se trata de dotar de contenido al derecho

²⁴ 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.*

de la mujer y al producto de la concepción, a través del molde silogístico clásico, a través del análisis de la distinta normatividad interna e internacional, concluyendo que el derecho a la intimidad de las mujeres, resulta vulnerado cuando el Estado impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, además de colocarla en un estado de desprotección, ya que ante el temor de una acusación, prefiere no acudir a servicios médicos. El autor del voto propone en su parte final, crear un bloque de constitucionalidad en torno al posible reconocimiento o vinculación de los derechos de la mujer en estos temas. Situación que me parece vaga e imprecisa, pues no detalla cual es el criterio que pretende que se declare dentro de este bloque de constitucionalidad propuesto.

Por otra parte, el voto concurrente del ministro Sergio Valls Hernández nos parece uno de los más coherentes. Al principio, reconoce una posible colisión entre la vida del producto de la concepción y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Para fundamentar lo anterior, el autor del voto destaca la legislación y los pronunciamientos internacionales que existen al respecto. Asimismo, cuando hace referencia a los derechos de autodeterminación reproductiva, refiere que debe existir una intervención mínima del Estado sobre esta situación, y respetar los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. De lo contrario, afectaría en forma desproporcionada los derechos de aquéllas. Y más adelante advierte un argumento muy parecido al empleado por el Tribunal Constitucional germano: “tal regulación debe comprender las hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos de la mujer embarazada [...] es decir, los supuestos en que la interrupción del embarazo no configura el delito de aborto, o bien, su despenalización”.

En este sentido, el citado ministro sostiene que el reconocer a la vida del feto como absoluta, menoscabaría o restringiría los derechos de la mujer, violando su dignidad humana por considerarla un mero instrumento reproductivo. Asimismo, las razones que da a favor de ello, es que el legislador le compete establecer una política criminal, conforme a las situaciones que imperen en determinado momento, por lo que si el legislador ha decidido redefinir el concepto de aborto, a partir de la duodécima semana de gestación, es con la finalidad de equilibrar tanto la protección de la vida en potencia, así como el libre desarrollo personal, dignidad, derecho a la salud mental y física de la mujer.

El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo formula otro voto concurrente. En su primera parte, expone las razones de “hermenéutica constitucional” que argumentan su postura. Sin embargo, en su argumentación únicamente observamos reglas duras que van descartando situaciones particulares. En un primer término, se argumenta de manera teleológica, para tratar de encontrar una justificación en donde se desprenda la protección de un derecho al producto de la concepción, concluyéndose que: “no hay

una sola regla en el texto de la Carta Magna que establezca un protección directa al producto de la concepción”. De igual forma, cuando se trata de resolver el problema de fondo se termina resolviendo que: “se trata de una despenalización, por decirlo de alguna manera, que no infringe regla alguna, ni los valores que establece la Constitución, porque ninguna regla obliga al legislador a penalizar conductas de particulares”.

Sin duda, lo más absurdo de la argumentación es la última parte de lo transcrito, ya que, de acuerdo al puro estilo formalista, se trata de resolver un problema de constitucionalidad dentro de un molde de legalidad. Es decir, tratando de buscar reglas duras en la Constitución, sin realizar verdaderos ejercicios de hermenéutica constitucional en base a principios constitucionales. Es más, sin entender si quiera qué son los principios, o la misma “hermenéutica” que se invoca.

El siguiente voto es del ministro José Fernando Franco González Salas, también de mayoría, expone inicialmente que hará un juicio de ponderación y se dedicará a resolver cuál de los dos derechos o principios prevalecen, bajo argumentos “estrictamente constitucionales”. Para resolver la citada ponderación (como se hace en el proyecto aprobado) se realiza una apología al ejercicio de ponderación del legislador democrático, señalando que debe respetarse, ya que de lo contrario, se establecería una carga desproporcionada para la mujer embarazada.

El voto de la ministra Olga Sánchez Cordero (concurrente), nos parece que tiene los argumentos mejor contruidos en base al principio de proporcionalidad. En un primer término, parece ser uno de los pocos miembros en la Corte, en entender la ponderación en sentido estricto, al establecer inicialmente: “estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso”. Satisfecho el requisito de entender el funcionamiento del principio de proporcionalidad, la autora señala cuáles son los pasos a seguir para resolver un conflicto de derechos (subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Sobre el primer subprincipio (adecuación), la ministra advierte que:

La medida que no criminaliza la interrupción del embarazo, sí resulta una medida idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres previamente mencionados, porque sólo ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin la criminalización de su interrupción, implementando a su vez, medidas que optimicen las condiciones de atención médica que protejan su vida y su salud, sin que de modo alguno esa posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres, esto es, ni continuar con un embarazo no deseado, ni interrumpirlo de manera forzada; así como tampoco, facultar a la autoridad para privar de la vida.

En cambio, la medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción, no constituye un medio idóneo

para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a un aborto, solamente que en condiciones riesgosas para su vida y su salud. En ese orden de ideas, la penalización es totalmente ineficaz para salvar vidas, pues inclusive podemos inferir que en los lugares y épocas donde existe, es mayor el número de abortos que en aquellos donde se permite esa interrupción, y es más, lejos de salvar vidas provoca más muertes, las de las mujeres que se someten a abortos clandestinos.

Otro de los puntos torales en su argumentación, es el balanceo o aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) entre los principios constitucionales en conflicto.

Lamentablemente, en el otro extremo de la balanza también habrá de reconocerse que la posibilidad de interrumpir un embarazo hasta la duodécima semana de gestación, constituye la medida más dañina para el derecho a nacer del producto de la concepción, pues niega de raíz ese derecho. Sin embargo, debe reconocerse que, al establecerse la temporalidad para la práctica de un aborto, ello encuentra sustento científico y también en el hecho de que entre mayor sea el tiempo de gestación, mayor será el peligro para la vida y la salud de la mujer y, a menor tiempo de gestación, ese riesgo será menor.

...

de seguirse un juicio de ponderación, de proporcionalidad en sentido estricto, debido es concluir que prevalecen en el caso concreto los derechos fundamentales a la salud, vida y libertad de las mujeres, por encima del derecho a nacer del producto de la concepción.

El razonamiento que sostiene tal conclusión encuentra a su vez soporte en el hecho de que la culminación del embarazo es únicamente una posibilidad, en tanto que la afectación producida por la imposición del embarazo es una realidad, como real es el peligro al que se sometería a las mujeres en su vida, salud y libertad con la penalización.

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 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. Volveremos a este tema al final de este apartado.

El siguiente voto es uno de los más legalistas de todos. Lo formuló la señora ministra Margarita Beatriz Luna Ramos (a favor). En primer término, porque niega que se trate de un problema de verdadera constitucionalidad, argumento con el cual estamos totalmente en desacuerdo. En segundo lugar, porque la metodología propuesta para analizar un problema de gran envergadura es totalmente bajo un esquema de legalidad. Al respecto, se precisa que se trata del análisis relativo a la comisión de un delito, por lo que no resulta un tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías de parte de la autoridad. En adición a ello, niega la posibilidad de que la ponderación realizada por el legislador para determinar qué conductas deben ser tipificadas como delitos, no pueden considerarse constitucionales o inconstitucionales, sino que simplemente no son materia de constitucionalidad. Por consiguiente, lo que proponía la ministra era desechar el proyecto por considerar los agravios esgrimidos como inoperantes. Es decir, no entrar si quiera al fondo del asunto que fue planteado a los ministros.

El último voto concurrente para análisis, es el del ministro Juan Silva Meza. En primer lugar, disiente del proyecto mayoritario porque reconoce que en la resolución final no están claros y bien precisados los derechos constitucionales que están en conflicto. De igual forma, lanza la crítica acerca del no reconocimiento del derecho a la vida. En los argumentos expuestos, se propone realizar un juicio de ponderación (que no vemos por ningún lado). El voto cuenta con buenas intenciones y realiza una tímida aplicación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, el voto de minoría, lo elaboran los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano,²⁵ Mariano Azuela Guitrón y Guillermo Ortíz Mayagoitia. De acuerdo al planteamiento realizado, se critica el hecho de que el autor del engrose (ministro José Ramón Cossío), sea el único que haya establecido que la Constitución mexicana no reconocía el derecho a la vida. Sobre este punto, se criticó el hecho de haber suspendido el precedente constitucional establecido en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, donde se consagró por primera vez la protección constitucional del derecho a la vida del producto de la concepción.

Sin embargo, el proyecto tilda de sostener una afirmación bastante radical y peligrosa, pues señala que el derecho a la vida es un derecho absoluto, y por consiguiente no tiene límites. En este sentido, es donde se condicionan el resto de los derechos fundamentales. No estamos de acuerdo con dicha postura, pues resulta bastante ortodoxa, al sostener de manera

²⁵ El primero de los ministros referidos arriba, se encargó de formular el proyecto original que fue desechado. Al respecto, cabe señalar que su propuesta era en base al juicio de ponderación. En donde, se proponía declarar la inconstitucionalidad de la normatividad impugnada, en atención a que se nulificaba por completo el derecho a la vida del nasciturus y existían medidas alternativas, como dar en adopción al bebe.

tajante que un derecho es absoluto y no tiene límites, negando en consecuencia la posibilidad de una ponderación entre los derechos de la madre y los derechos del feto.

En esencia, lo que sostiene el citado voto es que no se está ante un conflicto de derechos, sino ante “un conflicto de la mujer que pretende sustentarse en supuestos derechos para hacerlos prevalecer sobre el derecho auténtico de la vida del nasciturus”, ya que se trata de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad sexual condicionada por el artículo cuarto a ser ejercida de manera responsable.

Bien lo pudo advertir el proyecto de minoría, la mayor parte de los ministros, incluso los que votaron a favor del proyecto, pensaban que era adecuado reconocer la existencia de un derecho a la vida, incluso la posible ponderación de derechos o bienes constitucionales en conflicto. Sin embargo, la Suprema Corte perdió una gran oportunidad de ejercer el verdadero control constitucional que presume continuamente ejercer, a través de la evasión de una posible solución a través del empleo del principio de proporcionalidad que ayuda a resolver conflictos o colisiones entre derechos. A continuación, presentaremos precisamente el debate relativo al reconocimiento del embrión como un bien constitucionalmente tutelado y las posturas de los Tribunales Constitucionales seleccionados (Alemania y España).

2. EL EMBRIÓN NO ES VIDA HUMANA, PERO SÍ UN BIEN CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO

Uno de los planteamientos fundamentales y que estuvo ausente en el proyecto aprobado por la mayoría fue el criterio extraído de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en donde se reconoció el derecho a la vida del producto de la concepción. Cabe señalar que los países que se analizarán a continuación han reconocido de manera directa al feto como un bien constitucionalmente tutelado, con la finalidad de llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre los dos derechos o bienes en conflicto. Creemos que esto es de suma relevancia, ya que el problema de las leyes antiaborto plantea un gran desafío para nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y tener en claro qué es lo que se pretende ponderar en un caso como estos, resulta de extrema relevancia.

2.1. La dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad de la madre ante los derechos del feto

La dignidad humana ha sido utilizada indiscriminadamente por diversos autores, provocando de esta manera la pérdida de su sentido original, considerándola mera declaración retórica y programática. A pesar de esto, es bien sabido que la concepción moderna de dignidad humana proviene de la filosofía ilustrada kantiana, sintetizada en su fórmula: “ninguna per-

sona puede ser tratada como un medio, ya que las personas son fines en sí mismas". Del imperativo categórico antes descrito se desprende la formulación del valor de la *dignidad humana* como uno de los principios elementales que fundamentan los derechos humanos. Sin duda alguna, la filosofía kantiana representará la consagración del proceso evolutivo del iusnaturalismo racionalista.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad guarda íntima relación con la dignidad humana, dado que se refiere a las óptimas condiciones para que una persona pueda desarrollarse plenamente sin interferencias ilegítimas de parte del Estado.

La Suprema Corte mexicana ha sido una de los pocos Tribunales Constitucionales en el mundo que ha declarado la constitucionalidad del aborto dentro de los tres primeros meses de gestación sin exigir ninguna justificación adicional al mero consentimiento de la madre, a diferencia del Tribunal Constitucional español o alemán respectivamente. La regla del tribunal germano por ejemplo, ha sido aquella relacionada con la exigibilidad del sacrificio.

Es decir, el sacrificio exigido a la mujer para obligarla a llevar su embarazo no debe representar una carga tan fuerte que se traduciría en un sacrificio inexigible para ésta. Asimismo, ambos tribunales constitucionales han concluido sobre la necesidad de que el nasciturus, a pesar de no ser considerado persona o ser humano, sí deba contar con derechos tutelados a nivel constitucional, a fin de estar en aptitud de balancear o ponderar los bienes o valores constitucionales que se encuentran en juego, en este caso, los derechos de la madre.²⁶

Otra regla que han empleado los mencionados órganos constitucionales ha sido precisamente aquélla en la que se determina que ningún bien constitucional o derecho fundamental puede ser considerado absoluto. Es decir, ni el feto puede gozar de un derecho absoluto a la vida como la madre y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. En este sentido, adquiere relevancia la prohibición de no instrumentalización del ser humano, así como la permisión derivada del principio del utilitarismo restringido descrita al inicio de este apartado.

2.1.1. *El caso del aborto conforme al Tribunal Constitucional Español: Sentencia 53/1985*

El dieciséis de abril de 1985, el Tribunal Constitucional Español resolvió el recurso de inconstitucionalidad, identificado bajo la clave 53/1985, interpuesto por una minoría parlamentaria, en contra del proyecto de Ley

²⁶ BVerfG, 2 BvF 2/90, de 28 de mayo de 1993. Especialmente: párr. 160 y 195. Disponible en: http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html

Lo anterior, de acuerdo a lo establecido previamente por la primera Sala de ese mismo Tribunal, el 25 de febrero de 1975. BVerfGE 39, 1.

Orgánica de reforma, del artículo 417 bis, del Código Penal. Los agravios planteados por los demandantes se centraban básicamente en la violación al derecho a la vida, ya que las normas penales reformadas despenalizaban el aborto en los siguientes supuestos.

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

El problema central en el presente caso versaba en determinar el alcance de la protección constitucional del nasciturus, conforme al artículo 15 de la Constitución Española, referente al derecho a la vida del nasciturus. La metodología de análisis en el presente caso es a través del principio de proporcionalidad y la dotación del contenido a los derechos fundamentales, a partir del vínculo existente entre los derechos de la madre y del nasciturus. El primer paso que lleva a cabo el Tribunal es reconocer la protección constitucional de la vida que se le otorga al feto.

En segundo término, se lleva a cabo el planteamiento de colisión entre el bien constitucionalmente tutelado (feto) y el derecho a la madre a decidir sobre su propio cuerpo (libre desarrollo de la personalidad). Ahora bien, en lo que respecta el aborto terapéutico, se determinó que la prevalencia de la salud de la madre, no resultaba inconstitucional, toda vez que, en razón de la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud, por encima del derecho a la vida del feto.

La segunda indicación del referido artículo se relaciona con la causa de justificación relativa a la práctica del aborto por violación sexual, dentro de las primeras doce semanas, previa denuncia del hecho ilícito. Sobre este punto, se argumentó el hecho de la violación al libre desarrollo sexual y la dignidad de la mujer, por lo que en afectación a los referidos derechos fundamentales, obligarla a soportar una carga desproporcional como esa, era manifiestamente inexigible, dado que no podía considerarse a la mujer como mero instrumento.

Respecto al artículo 417 bis, del referido Código Penal, se concluye que éste garantizaba suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, por lo que la

alegada desprotección del nasciturus, a través de la despenalización respectiva, no conducía a la ilegalidad de la misma reforma. Si bien es cierto, que esta resolución parece algo similar a la del Tribunal mexicano, también es importante mencionar que el Tribunal Español si trató de manera frontal el conflicto entre derechos o bienes constitucionales en conflicto desde un principio. A continuación, presentaremos el estudio de dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la primera referida a la despenalización del aborto; y la segunda con una Ley que otorgaba la protección al feto.

2.1.2. *El caso del aborto en el Tribunal Constitucional Federal Alemán: sentencias BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203*

La primera sentencia que analizaremos a continuación, se relaciona con la reforma al artículo 218 del Código Penal, correspondiente a la versión del quinto estatuto para la reforma del derecho penal, de 18 de junio de 1974. A lo anterior, recayó la primera sentencia el 25 de febrero de 1975, que declaraba inconstitucional dicho artículo del referido ordenamiento, ya que la despenalización de la interrupción del embarazo, resultaba incompatible con los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn, relativos a la dignidad humana y el derecho a la vida. Los preceptos impugnados, establecían en esencia, lo siguiente:

Artículo 218

Interrupción de embarazo

1. Cualquiera que interrumpa un embarazo después del décimo tercer día posterior a la concepción, recibirá la pena de encarcelación por más de tres años o multado.

2. El castigo será de seis meses a cinco años si el actor:

2.1 Actúa en contra de la voluntad de la mujer, o

2.2 Desea causar un daño de muerte o un serio deterioro a la salud de la mujer embarazada.

...

Artículo 218a

Excluyentes de la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas

Una interrupción de embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada, no es punible en los términos del artículo anterior, si no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción.

A diferencia del la Corte mexicana, el Tribunal Constitucional germano estableció a través de una metodología clara su proceso para argumentar la inconstitucionalidad de dicha norma. En primer término, se determinó que la protección que otorgaba el artículo dos de la Constitución, debería incluir a la vida que se desarrolla en el seno materno (protección del feto), ya que de no hacerlo, la garantía de proteger la existencia humana frente

a injerencias por parte del Estado, sería incompleta. Asimismo, otro de los argumentos que más llamó la atención fue el reconocimiento de la dignidad de la persona y la vida humana. Esta obligación para el Estado, deriva del contenido jurídico objetivo de las normas garantes de los derechos fundamentales.²⁷

Ahora bien, otra de las cuestiones fundamentales consistió en determinar la prevalencia de un derecho sobre otro. Al respecto, se argumentó que durante todo el tiempo que durara el embarazo, la protección de la vida del embrión tenía fundamentalmente preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada. Sin embargo, la cuestión ahora se delimitó a precisar si el Estado tenía la obligación de utilizar el derecho penal para proteger la vida en gestación. Advirtiendo que: “para responder dicha cuestión, no puede partirse de la pregunta simplista de determinar si el Estado se encuentra obligado a castigar ciertas conductas”. Para esto, debía de atenderse a un análisis global del valor del bien jurídico protegido y al daño social causado por la conducta ofensiva, comparable con otras conductas de valoración equivalente. De igual manera, debía de atenderse a la función del derecho penal de proteger los valores elementales de la vida comunitaria, dado que precisamente la norma penal debería constituir la última ratio dentro del instrumento del legislador.²⁸

Posterior a esto, el Tribunal realiza una justificación en base a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación). Argumentando, en esencia, que el derecho a la vida del no nacido podría conllevar una carga que sobrepasara por mucho la medida de lo normalmente asociada a un embarazo. Es decir, en aquéllos casos en que el legislador considerara que la conducta de la mujer no merezca ser castigada, y prescinda de los medios de una sanción penal, ello será resultado de una ponderación dentro de la competencia del legislador y deberá ser aceptada constitucionalmente.²⁹ El mencionado Tribunal parte de la idea de la exigencia de un sacrificio que resulte desproporcional para la mujer embarazada. Si bien es cierto que el análisis dista mucho de lo dicho sobre las expectativas sobre este Tribunal, también es importante destacar que se trata de una de las primeras resoluciones en el mundo jurídico continental europeo, a nivel de Tribunales Constitucionales. Sin embargo, no por ello dejamos el invaluable pronunciamiento sobre la existencia de los derechos del feto y el consiguiente reconocimiento de la dignidad humana al mismo. De igual forma, destaca el claro y frontal pronunciamiento sobre la posible obligación constitucional del Estado para penalizar conductas y el análisis respectivo, concluyendo con el argumento de la

²⁷ Ver párrafos 147 a 148 de la sentencia.

²⁸ Ver párr. 154-159.

²⁹ Ver párr. 160.

imposibilidad de exigirle un sacrificio desproporcional a la mujer embarazada.

Asimismo, analizaremos la sentencia del Tribunal Constitucional, identificada bajo la clave 88, 203, relativa a la impugnación de algunos de los preceptos de la Ley para la Protección de la Vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo, promulgada el 27 de julio de 1992. Dicha Ley calificaba de no antijurídica, la interrupción del embarazo para los casos de insostenibilidad del embarazo por motivos graves (indicaciones médicas, criminológicas y embriopáticas), y:

1. Cuando la mujer embarazada solicite la interrupción del embarazo y compruebe al médico, mediante una certificación que se ha sometido a consejería por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención (consejería para la mujer embarazada en caso de una situación de conflicto y estado de necesidad);
2. La interrupción del embarazo se llevará a cabo por un médico, y
3. No han transcurrido más de doce semanas desde la fecha de la concepción.

La impugnación provino de varios parlamentarios que solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de dicha norma, dictando finalmente la sentencia el 28 de mayo de 1993. La resolución en primer término, reconoce la dignidad humana de la vida en gestación. De igual forma, la sentencia condiciona el establecimiento de una prohibición de la interrupción del embarazo. Por lo que la extensión del deber de protección para la vida humana del no nacido, se debe determinar a la luz de la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico en cuestión. En este sentido, se consideró que el Estado debía de adoptar medidas de carácter normativo y fáctico suficientes que condujeran a una protección adecuada y efectiva, por este motivo, no podía exigirse a la mujer un sacrificio que resultara excesivo para la misma (criterio de insostenibilidad).³⁰

En ese sentido, los ministros de aquél Tribunal, consideraron que el legislador no debía prescindir a su arbitrio del derecho penal, ya que el deber del Estado, residía en la obligación de otorgar protección al nasciturus frente a los peligros que para su vida derivaran de su influencia del entorno familiar y social de la mujer embarazada o de las condiciones reales de la vida de la mujer —actuales y previsibles— y de la familia, que afectaran su disponibilidad de gestar y dar a luz.³¹

Sin embargo, en lo que respecta a la limitación del derecho del feto, el Tribunal advierte que la protección de este bien constitucional no es abso-

³⁰ Párr. 144-149.

³¹ Parr. 154-156.

luta, sino que está sujeto a la importancia del bien jurídico a proteger y la necesidad que éste debe ser protegido, especialmente cuando se encuentran en juego los derechos de la mujer (dignidad y libre desarrollo de la personalidad).³² Sobre este punto, destaca el argumento relativo al subprincipio de adecuación y su modalidad de protección deficiente. Éste subprincipio funciona cuando un derecho fundamental no es garantizado de manera adecuada o de manera deficiente por el legislador. Al respecto, se debían cumplir con ciertas exigencias mínimas:³³

1. La protección jurídica del feto exige que el alcance y los límites de las acciones por las que lícitamente puede incidirse en la esfera jurídica de otros estén definidos normativamente, y no queden al arbitrio de los implicados.

2. Un equilibrio que garantice la protección de la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada derecho a interrumpir el embarazo es imposible, pues la interrupción del embarazo implica siempre dar muerte al no nacido. Por lo que dicho equilibrio puede alcanzarse permitiendo que por un cierto tiempo del embarazo el derecho de la mujer a la personalidad prevalezca sobre el derecho del que está por nacer, y que sólo posteriormente el derecho a la vida del nasciturus tenga prioridad. En tal caso, el derecho a la vida del que está por nacer tendría vigencia únicamente cuando la madre no haya optado por darle muerte dentro de la primera fase del embarazo.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, este mismo órgano determinó que en vista de la relación o vínculo existente entre la madre y el hijo, el deber de la mujer no debía agotarse en el deber intensivo de gestar y dar a luz, ya que esto traía aparejado un deber de actuación y cuidado, más allá del parto. Sin embargo, el argumento relacionado con el criterio de la exigibilidad, se argumentó en definitiva que la obligación de la mujer de dar a luz, no derogaba la obligación de proteger que tenía el Estado respecto de todo ser humano que se encontrara por nacer. En la sentencia, se hace mucho énfasis en los requisitos sobre la asistencia o el asesoramiento que debían de proporcionarse a la mujer.

Dicho modelo de asesoramiento debe seguir un enfoque preventivo o protector. Además, debe estar encaminado a fortalecer el sentido de responsabilidad de la madre, sin perjuicio de la influencia y responsabilidades del entorno familiar y social, así como del médico. Lo anterior, con la finalidad de crear las condiciones favorables para que la mujer actúe en beneficio del no nacido.³⁴ De acuerdo a lo anterior, la reglamentación relacionada con la asesoría deberá prescindir de una excusa absoluta fun-

³² Párr. 153.

³³ Párr. 158.

³⁴ Parr. 191.

dada en el estado general de necesidad. Aunado a ello, deberá de lograr una protección efectiva, para garantizarle a la mujer su posibilidad de actuar con franqueza frente a la asesoría, sin necesidad de demostrar la existencia de circunstancias de excepción justificatorias.³⁵

Conforme a lo anterior, resulta de suma relevancia resaltar lo siguiente. Para el Tribunal Constitucional Alemán, el derecho a la vida del producto de la concepción merece protección constitucional, reconociendo por consiguiente la existencia de dignidad humana del no nacido. En este mismo tenor, se reconoce la existencia de los derechos de la mujer (libre desarrollo de su personalidad). Cabe reiterar que en todo momento el Tribunal no deja de abordar el hecho de que el Estado siempre debe de respetar y cumplir con el derecho a la vida, motivo por el cual retoma el concepto de asesoría para las mujeres embarazadas, con la finalidad de concientizar sobre una maternidad responsable.

Sobre la solución que brinda a los derechos en conflicto, refiere que no se puede exigir a la mujer un sacrificio que para ella resulta desproporcional o que implique para ella volver nugatorio su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Para ello, acepta que, de acuerdo al concepto de subprincipio de necesidad, que no existirían medidas alternativas para restringir en menor grado los derechos de la madre o del feto, ya que esto implicaría la muerte del mismo o el subsecuente nacimiento y las consecuencias de la maternidad para la mujer. Una vez que reconoce lo anterior, exige a la madre que desea abortar una causa razonable que precisamente venga a justificar ese sacrificio desproporcional que signifique lo injustificable.

A continuación, retomaremos algunas de las ideas relacionadas con las leyes antiaborto, conforme a metodología empleada por la doctrina jurisprudencial analizada en estos dos subapartados.

3. EL ANÁLISIS DE LAS LEYES ANTIABORTO CONFORME A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPARADA

El debate en este apartado se centra en la discusión que ha surgido a raíz de la maximización o amplitud que el legislador local ha otorgado a los derechos del feto a través de una protección equiparable, a primera vista, a la que señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4. Ante esta situación, se encuentran los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que desde el punto de vista de algunos críticos, se ven reducidos con la extensión que otorga la legislación local al derecho a la vida humana desde el momento de la concepción.

De esta forma, la cuestión se centra entonces en determinar los criterios óptimos por medio de los cuales se otorga protección a ambos derechos

³⁵ Párr. 194.

en casos específicos, dicha solución proponemos que sea el juicio de ponderación, ya que se trata del conflicto de dos derechos o principios fundamentales: los derechos del feto ante los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. En este sentido, las llamadas “legislaciones antiaborto” son un conjunto de reformas a las Constituciones locales, donde se consagró el derecho a la vida del feto desde el momento de la concepción. Estas leyes tienen su origen en el Estado de Puebla, cuyo artículo 26, fracción IV, de la Constitución Política de aquel Estado, así como al artículo segundo transitorio del Decreto publicado el 3 de junio de 2009, en el Periódico Oficial de aquella Entidad Federativa, expresan lo siguiente:

Artículo 26. El Estado reconoce a la Familia como una institución fundamental que constituye una unidad política y social [...]

Los Poderes Públicos garantizarán el desarrollo integral de la Familia, [...] al tenor de los siguientes principios:

[...]

IV. La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las Leyes...

Artículo segundo del Decreto: “Se derogan todas las disposiciones que se opongan al presente ordenamiento”.

El problema de la colisión entre dos principios o derechos constitucionales acontece cuando dos normas contemplan distintos derechos que se contraponen entre sí, situación que no ocurre en el presente caso por las siguientes razones. El legislador local, al momento de aprobar la reforma, no derogó la disposición establecida en el Código Penal (Código de Defensa Social) de aquella entidad que regula los distintos tipos de aborto eugenésico, terapéutico o moral, e incluso advierte: “salvo los casos previstos en las leyes”. Es decir, dejó subsistente el derecho a la madre a decidir sobre su propio cuerpo, situación que se encuentra regulada de manera negativa por medio de las causales de justificación o exclusión del delito, consagradas en el artículo 343 del mencionado código punitivo.³⁶

Dicho lo anterior, se infiere que el dispositivo que impone una pena al delito de aborto busca proteger los derechos del feto. A pesar de ello, las causas que permiten abortar a las mujeres embarazadas encuentran su justificación dentro de un margen de razonabilidad de la ley, es decir, exigen a la mujer justificar el embarazo no deseado dentro de los límites

³⁶ El citado precepto establece las siguientes causas de justificación o exclusión del delito de aborto: I. Cuando sea causado solo por imprudencia de la mujer embarazada; II. Cuando el embarazo sea el resultado de una violación; III. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; y V. Cuando el aborto se deba a causas eugenésicas graves, según dictamen que previamente rendirán dos peritos médicos.

que el legislador consideró razonables (aborto eugenésico, moral o terapéutico), así como las facilidades que debe otorgar el Estado para llevarlo a cabo en caso de actualizar dichos supuestos, pero en ningún momento extiende dicha permisión en el caso del aborto moral más allá de dichas causales, tal y como sucedió con la despenalización del aborto en el Distrito Federal dentro de las primeras semanas de gestación, sin exigir ninguna causa que justifique el derecho a la mujer embarazada a abortar.

En el diario de debates de la reforma constitucional local de Puebla, destaca la discusión relacionada con los derechos del feto, en relación con la institución hereditaria y la necesidad de proteger a este último desde el momento de la concepción, argumento que fue empleado en reiteradas ocasiones por los congresistas que se manifestaron a favor del proyecto. Por otra parte, los legisladores que votaron en contra, manifestaron que dicho precepto implicaba que el legislador local legislara sobre el comienzo de la *vida a partir de la concepción (unión del espermatozoide con el óvulo)*.³⁷ Al respecto, cabe precisar lo establecido por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Sobre este artículo en particular, el Estado Mexicano realizó una declaración interpretativa, manifestando: “Con respecto al párrafo I, del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”.

Como decíamos al inicio de este apartado, a primera vista, parecería que la Constitución de Puebla extiende el derecho a la vida, tal y como lo hace la citada Convención internacional, sin embargo, consideramos que existen varias diferencias que haremos notar a continuación. La Constitución de Puebla al establecer: “*La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las Leyes*”, no da a entender que en algún momento el legislador haya determinado que la *persona* comienza a tener *vida humana desde la concepción, momento en el cual comienza a gozar de sus derechos fundamentales*, y menos aún que la legislación penal que regula el aborto fuera

³⁷ Ver la participación del diputado del Partido de la Revolución Democrática Melitón Lozano Pérez, páginas 99 a 103 del Diario de Debates de la Sesión Pública de 12 de marzo de 2009 del Congreso del Estado de Puebla. Disponible en:

http://www.congresopuebla.gob.mx/web/debate/tmp/Sesion%20Publica%2012_marzo%202009.doc (Fecha de consulta: 22 de octubre de 2009).

a ser derogada, sino que únicamente *extiende la protección de los derechos del feto*, el cual, para los efectos que interesan, pudiera ser *considerado digno de protección en su calidad de vida humana, pero no una persona (ser humano)*. Este último criterio se ajusta incluso al único pronunciamiento que ha realizado la Suprema Corte al respecto.³⁸

Cabe precisar, que al momento de escribir el presente trabajo, existen principalmente tres Estados que sí han aprobado reformas en sus constituciones locales, en el sentido de redefinir claramente el concepto de persona humana, desnaturalizando por completo el sentido de la legislación al maximizar el derecho a la vida y minimizar los derechos de la mujer:³⁹

- Constitución de Guanajuato. Artículo primero, párrafo segundo: *“persona es ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos”*.
- Constitución de Querétaro (reforma de 18 de septiembre de 2009), que establece: *“reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, desde el momento de la fecundación, como un bien jurídico tutelado y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta la muerte”*.
- Constitución de Oaxaca (artículo 12), que consagra: *“todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural”*.

Desde nuestra perspectiva, en el caso de la reforma legislativa del Estado de Puebla, al ampliar y maximizar el derecho a la vida del feto, consideramos que no existe contradicción entre los derechos humanos consagrados, al establecer la extensión de la protección del derecho a la vida del feto y el tipo penal del aborto establecido en el Código Penal de aquella entidad federativa. Sin embargo, eso no ocurre con los casos de las reformas legislativas a las Constituciones de Querétaro, Guanajuato y

³⁸ DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Tesis: P./J. 14/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002, p. 588. Derivada de la Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Esta acción la discutiremos en el siguiente apartado.

³⁹ De cada uno de las reformas expuestas, existen sus correspondientes controversias constitucionales que han sido interpuestas ante la Suprema Corte, la primera controversia constitucional (62/2009) fue interpuesta por el municipio de Uriangato en contra de la reforma a la Constitución de Guanajuato, la segunda (89/2009), presentada por el municipio de Arroyo Seco, en contra de la reforma constitucional de Querétaro, y la tercera, (104/2009) promovida por el municipio de Extaltepec, en contra de las reformas a la Constitución de Oaxaca.

Oaxaca, en donde se redefine el concepto de persona humana extendiéndolo más allá de lo permisible, incluso, desde la perspectiva de la misma jurisprudencia mexicana, como veremos más adelante. Sin olvidar los precedentes resueltos por el Tribunal Constitucional mexicano en el año 2011, sobre los estados de Baja California y San Luís Potosí.

Pero en relación con las reformas legislativas de la mayor parte de los Estados de la República (al estilo de la Constitución de Puebla), cabe aún cabe precisar las siguientes cuestiones: ¿consagra la Constitución Federal un derecho a la mujer embarazada a abortar dentro de los primeros tres meses de gestación sin que exista causa justificada o razonable para ello?

Sin embargo, como adelantábamos a inicios del presente epígrafe, las leyes antiaborto, especialmente las modificaciones a la Constitución del estado de Puebla que aquí se analizan: ¿menoscaban o restringen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, si dejan intocados los derechos sexuales y reproductivos de las mismas consagrados en los Códigos Penales como excluyentes del delito de aborto (terapéutico, eugenésico o moral)?

De acuerdo a lo resuelto por la Corte mexicana respecto de la despenalización del aborto en el Distrito Federal dentro de las primeras doce semanas de gestación: ¿existe en la Constitución Federal un derecho a la mujer a abortar dentro de ese lapso sin exigir otro requisito que la voluntad de la madre, o es necesario que existan restricciones adicionales al ejercicio de este derecho? Lamentablemente, la Corte, al momento de resolver este recurso interpuesto por la Procuraduría General de la República en contra de la Asamblea Legislativa en la capital del país (acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada), no respondió las cuestiones que hemos señalado, sino que decidió resolver invocando cuestiones de mera legalidad como hemos visto con antelación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido un momento histórico para tomar una postura hermenéutico-argumentativa que brinde certeza y solidez a la sociedad. Sin embargo, ha perdido de nueva cuenta la oportunidad, ya que en las sentencias relativas a las acciones de inconstitucionalidad, identificadas con las claves 11/2009 y 62/2009 se evadió de nueva cuenta el problema de fondo. En estas resoluciones se impugnaba la inconstitucionalidad a los artículos 7º y 16, de las Constituciones de los Estados de Baja California y San Luís Potosí, respectivamente, donde se establece que el individuo concebido, debe reputarse para todos los efectos legales como nacido, y en términos similares el Estado de San Luís, al determinar que respetará la vida desde su inicio “en la concepción”, reconociendo (indirectamente) que la vida inicia a partir de esa etapa. A pesar del nutrido debate en el Pleno de dicho organismo, y del proyecto presentado por el ministro Franco Salas a sus compañeros, dicha propuesta no alcanzó la mayoría calificada, requerida para declarar inconstitucional

dichos preceptos, perdiéndose una gran oportunidad para consagrar una postura argumentativa garantista, con perspectiva de género y con base en la hermenéutica constitucional y directrices tanto internacionales como comparados en materia de Derechos Humanos de la mujer.

Ahora bien, si en el conflicto de las leyes antiaborto siguiéramos los mismos parámetros acordes a la metodología empleada en la acción de inconstitucionalidad sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, tendríamos serios problemas de forma y fondo que son absolutamente necesarios resolver. Ya que, en respeto al principio democrático, se tendría que legitimar el ejercicio de ponderación realizado por el legislador local de aquellas entidades que consagraron o extendieron los derechos del feto más allá de lo que aún la Corte no ha definido claramente en un bloque de constitucionalidad, es decir, sobre la posible existencia de la protección del derecho a la vida del nasciturus, situación que suponíamos había quedado clara en la jurisprudencia generada a partir de la sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en donde indirectamente se le reconoce como un bien digno de protección constitucional.

De acuerdo a los principios de derechos fundamentales aplicables al presente caso, las Constituciones locales pueden extender los derechos fundamentales, siempre y cuando no se encuentren en colisión o afecten de manera desproporcional a otros derechos. Es decir, ante una evidente y franca colisión con otros derechos, será necesario (y se encontrará legitimado) el control constitucional de las normas referidas. No solamente porque se trate de un asunto de mera legalidad, como lo ha descrito la Suprema Corte al resolver asuntos relacionados con las Constituciones locales (y despreciando su valor), sino porque en realidad se trata de la protección desmedida de los derechos del nasciturus, a costa de vaciar o volver nugatorio el contenido esencial del derecho a la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. En este sentido, la estructura de la ponderación en este caso en particular quedaría de la siguiente forma:⁴⁰

1. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, el fin de las “leyes antiaborto” lo constituye la protección de los derechos del feto desde el momento de la concepción. Sin embargo, ante la posibilidad de colisión de los derechos del feto con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la finalidad de la norma invocada, de acuerdo a los precedentes de la misma Corte, se encuentra en colisión con los derechos del feto.
2. El *subprincipio de necesidad*, el cual ha recibido otras denominaciones entre las que se encuentran: subprincipio de indispensabilidad,

⁴⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 693 y ss.

subprincipio de medio más benigno, subprincipio de la intervención más restringida posible así como prohibición de exceso. 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. En este sentido, no existe un método alternativo para dañar en menor grado los derechos del nasciturus, sin afectar los de la madre, o viceversa. Aunque existen posturas encontradas sobre la posibilidad de tener al niño y que el Estado se encargue de darlo en adopción.

3. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. 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. Alexy ha definido a la ponderación señalando: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.⁴¹ Éste es precisamente la identificación del tercer subprincipio señalado con antelación y básicamente se resume en lo que hemos dicho antes, acerca de la exigibilidad del sacrificio para la madre de obligarla a llevar el embarazo sin su consentimiento. En este sentido, a ésta última debe exigírsele una causa razonable que permita justificar o motivar la permisión administrativa o legislativa para abortar, de lo contrario, dicha permisión no respetaría el principio de proporcionalidad descrito previamente.

No creemos que el feto merezca la protección constitucional máxima, y que deba ser considerado como persona, tal y como lo consagran las Constituciones de Querétaro, Guanajuato y Oaxaca. Dichas reformas las consideramos por sí, retrógradas y francamente violatorias de los derechos de la mujer en su vertiente de libre desarrollo a la personalidad, al interferir en su normal desarrollo psicosexual. Lo que tampoco buscamos es que el derecho a la madre sea puesto como un valor superior al del feto, lo que pretendemos entonces, es encontrar el mejor medio para justificar racionalmente cualquier decisión que se adopte, sea cual sea la posición de la Corte mexicana. Por lo tanto, deseamos concluir lo siguiente.

— El derecho a la vida no es absoluto.

⁴¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 203.

- No es justificable constitucionalmente extender el concepto de persona humana hasta el momento de la concepción, para otorgar todos los derechos de una persona al no nacido, ya que menoscaba y restringe la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada.
- A pesar de lo anterior, el no nacido sí merece tener una protección constitucional mínima, incluso, dicha protección ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2000.
- De un ejercicio hermenéutico constitucional, no podemos desprender de la Constitución mexicana un derecho a abortar de la madre, dentro de los tres primeros meses de gestación sin exigir una causa razonable para ello, siguiendo los precedentes de Alemania y España respectivamente.
- Por lo anterior, no es justificable constitucionalmente el aborto sin exigir una causa razonable a la madre.
- Las denominadas “leyes antiaborto” publicadas en varios estados de la República (con excepción de Querétaro, Guanajuato y Oaxaca y que siguen el modelo de la Constitución de Puebla), constituyen un conjunto de modificaciones a las Constituciones locales, que tienen como fin ampliar la tutela y protección de los derechos del feto.
- Por este motivo las “leyes antiaborto” (que siguen el modelo de la Constitución de Puebla), no colisionan con los derechos sexuales y reproductivos de la madre, específicamente cuando se trata de las causales de justificación del delito de aborto. Sin embargo, pudieran existir distorsiones en su aplicación, tal y como sucedió con el Estado de Jalisco recientemente, en donde esta misma entidad, acudió ante la Suprema Corte con la finalidad de impugnar una norma oficial mexicana sobre la obligatoriedad de los criterios relacionados con la atención médica de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres, sobre la distribución de la píldora anticonceptiva en los centros de salud estatales. A pesar de ello, esta evidente y franca colisión, fue nuevamente evadida (o quizá no impugnada por el actor, tal y como advirtió el ministro ponente) por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴² por lo cual, seguiremos aguardando con ansias el desenlace de estos casos trágicos ante la insuficiencia de agravios en las demandas que impugnan dichas leyes, o ante la insuficiencia de argumentos que justifiquen buenas decisiones.

⁴² Específicamente nos referimos a la Controversia Constitucional 54/2009, promovida por el Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco, en contra del Poder Ejecutivo Federal, demandando la invalidez de la “Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de Servicios de Salud”.

III. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL FRENTE A LA SEGURIDAD JURÍDICA, UNA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO “EL HALCONAZO” RELATIVO AL RECURSO DE APELACIÓN NO. 1/2004-PS DERIVADO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 8/2004-PS ANTE EL CASO DE LOS CENTINELAS DEL MURO DE BERLÍN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (BVERFGE 95, 96) Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CASO DE K.H.W. VS. ALEMANIA)

En este apartado estudiaremos los argumentos formulados por la Suprema Corte de Justicia al elaborar el proyecto de resolución, correspondiente a la averiguación de los crímenes cometidos durante la guerra sucia de los años ochenta en México, a la luz de la jurisprudencia comparada. Para este propósito, nos hemos dado a la tarea de seleccionar un caso emblemático y que metodológicamente nos servirá para definir los alcances y límites del derecho aplicable, se trata del caso de los Centinelas del Muro de Berlín, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respectivamente.

Creemos que es importante el estudio del precedente comparado señalado, ya que se trata de un caso similar en donde los principios de no retroactividad de las leyes penales y el principio de justicia material se encuentran en colisión, que desde nuestra perspectiva, debió haber realizado el Tribunal mexicano. Conforme a ello, elaboraremos un argumento sobre la fórmula del jurista alemán Gustavo Radbruch, empleada por el Tribunal germano al momento de emitir su pronunciamiento y expondremos nuestro planteamiento sobre el posible uso del citado argumento en la sentencia mexicana. En contraposición al clásico planteamiento de no retroactividad de las leyes penales.

1. LA INJUSTICIA EXTREMA Y EL DERECHO: EL ARGUMENTO DEL DERECHO INJUSTO DE GUSTAVO RADBRUCH Y EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN DE ROBERT ALEXEY

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:⁴³

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse, de tal forma que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la

⁴³ RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190.

fuerza que tenga también preferencia cuando sea injusto o inadecuado, en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia, alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia. Es importante trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas, a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no solo es ‘derecho injusto’, sino que más bien carece de naturaleza jurídica.

Es fácil distinguir los dos principales elementos caracterizadores de esta fórmula. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, se refiere a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otras palabras, “la injusticia extrema no es derecho”,⁴⁴ conforme a Robert Alexy. El planteamiento de la citada fórmula, adquirió una validez significativa, a raíz de numerosos casos, en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía a los ciudadanos judíos, y las sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró nulas muchas de estas normas⁴⁵, a través de la invocación expresa de la fórmula de Radbruch.

El filósofo del derecho Robert Alexy, ha replanteado la fórmula de Radbruch, a partir de su argumento de la corrección, relacionado intrínsecamente con la reconexión entre el derecho y la moral, a partir de su postura moderada o corregida. De esta forma: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto”. Por este motivo, la institucionalización de la justicia, de alguna forma, implica la institucionalización de los derechos fundamentales, los cuales, constituyen en sí, el mínimo de moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.⁴⁶

Una de las principales críticas que se han lanzado en contra de dicha fórmula, es la violación al principio de seguridad jurídica, que protegen principalmente las leyes penales. Sin duda alguna, el pensamiento jurídico de Radbruch contribuyó a la rehabilitación de los estudios de filosofía

⁴⁴ 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.

⁴⁵ BVerfGE 3, 58; 6, 132. Ver también: ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, pp. 75-96

⁴⁶ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*, op. cit.

del derecho. Asimismo, superó el rígido normativismo, “al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos principios básicos de derecho natural”.⁴⁷ La fórmula propuesta por Radbruch y el replanteamiento realizado por Alexy, a través de su argumento de corrección, nos parece adecuado para la solución del caso que presentaremos a continuación, ya que se trataba de la omisión injusta de sanción a dos guardias fronterizos y sus superiores, que de manera consciente, llevaron a cabo los homicidios ocurridos a principios de los años setenta. A continuación, presentaremos en primer lugar, el caso “El Halconazo”, resuelto por nuestra Corte, y posteriormente abordaremos de manera comparada el caso de los Centinelas del Muro de Berlín, resuelto por el Tribunal germano.

1.1. Planteamiento del caso “El Halconazo”

El 15 de junio de 2005, la Suprema Corte emitió su fallo en contra de la posibilidad de perseguir el delito de genocidio, en contra de los autores materiales e intelectuales de varios homicidios, cometidos por un grupo paramilitar denominado “Los Halcones”, cuyo Gobierno encabezaba Luis Echeverría Álvarez. Todo inició con la denuncia de hechos presentada el 10 de junio de 2002, por Jesús Martínez de Campo Castañeda, ante la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del pasado, la cual ejerció acción penal el 22 de julio de 2004, en contra de 11 personas. Sin embargo, el Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales consideró que el ejercicio de la acción penal había prescrito, conforme a lo establecido en el artículo 101, del Código Penal Federal. Por este motivo, su resolución consistió en declarar extinguida la acción penal. Motivo por el cual, los Ministerios Públicos investigadores y adscritos interpusieron recurso de apelación.

Posterior a esto, el 13 de octubre de 2004, a través de una solicitud de atracción, la Corte decidió conocer del asunto. Los hechos acontecidos el 10 de junio de 1971, han tenido una repercusión simbólica para muchas personas que han luchado por las libertades y derechos fundamentales en un Estado autoritario.⁴⁸ Se trató de una manifestación estudiantil realizada a partir de las instalaciones del Instituto Politécnico Nacional. Al llegar al

⁴⁷ VICO, Rodolfo, *La axiología jurídica de Gustav Radbruch*, op. cit., p. 55.

⁴⁸ A principios de los años setenta, Octavio Paz escribía: “La institución presidencialista mexicana, se parece, más que al presidencialismo norteamericano que la inspiró, a la dictadura de la antigua Roma [...] Los Presidentes son, durante seis años, todopoderosos [...] Nuestros Presidentes son dictadores constitucionales, no caudillos. La legalidad es, en parte, el origen de su fuerza. Pero esa legalidad nace de una contradicción que corroe su fuerza: la dictadura romana era un régimen de excepción en un estado de excepción, el presidencialismo mexicano es un régimen de excepción en una situación de paz y normalidad. PAZ, Octavio, “El escritor y el poder”, en *La Letra y el Cetro El Ogro Filantrópico (Historia y política 1971-1978)*, Joaquín Mortíz, México, 1981, pp. 304-305.

suburbio estudiantil de San Cosme, los estudiantes fueron agredidos por el grupo paramilitar conocido como “Los Halcones”, compuesto por diversos miembros de las corporaciones militares, policiales, el Estado Mayor Presidencial, así como diversos Guardias del Presidente. La represión derivó en el asesinato de decenas de estudiantes y otros heridos (desconociéndose hasta ahora el número exacto). Dicha acción había sido previamente concertada y se emplearon armas de uso exclusivo del ejército.

El primer proyecto presentado ante la Primera Sala de la Suprema Corte, por el ministro Juan Silva Meza, y el debate de 23 de febrero de 2005, sostuvo en su proyecto que se debía ejercer acción penal en contra de las personas involucradas, desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente, la interpretación del delito de genocidio.⁴⁹

Uno de los principales argumentos invocados en la demanda inicial, era definir la existencia de un Estado de Derecho al momento de los hechos. De igual forma, se argumentaba que, en aquél tiempo, el Estado se encontraba sujeto al derecho internacional de los derechos humanos, donde se establecen obligaciones dirigidas a los Estados en materia imprescriptibilidad sobre los delitos de lesa humanidad. Lo anterior, conforme a la interpretación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Incluso, a pesar de que México haya interpuesto una declaración interpretativa, con la finalidad de perseguir únicamente los delitos cometidos desde la firma del Tratado sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad, pero no los delitos cometidos en el jueves de Corpus,⁵⁰ ya que de no hacerlo, se estaría desnaturalizando la esencia del mismo Tratado, violando en consecuencia los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Concluyendo que no era aplicable el principio de no retroactividad, toda vez que el delito de genocidio era imprescriptible, cualquiera sea la fecha en que se hubiera cometido.

Es interesante el planteamiento sobre la inexistencia de un Estado de Derecho. Al respecto, el Maestro Manuel Becerra Ramírez cuestiona lo siguiente. “¿el poder judicial debe tomar en consideración estas circunstancias políticas excepcionales o simplemente se debe limitar a aplicar la normatividad tal cual es?”.⁵¹ Desde nuestra perspectiva y de acuerdo al análisis propuesto, creemos que aquí reside uno de los puntos básicos

⁴⁹ Posterior a la presentación del ministro Silva Meza, el expediente fue turnado a la Ministra Olga Sánchez Cordero, quien proponía entrar al estudio y análisis del tipo penal por el cual se le estaba acusando a los inculpados.

⁵⁰ Ver la participación del Ministro Juan Silva Meza, en la versión estenográfica de 23 de febrero de 2005, pp. 26-32.

⁵¹ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Genocidio (Comentarios a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los “Halcones”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IJ-UNAM, México, 2008.

para comprender la dimensión del caso. Creemos que el argumento mayoritario acerca de no evaluar las consideraciones sobre la posible existencia de un Estado de Derecho, desde el punto de vista sociopolítico, distan mucho de lo que se esperaba, ya que una verdadera visión hermenéutica, de comprensión integral de los hechos sometidos a análisis, no puede prescindir de las posibles valoraciones políticas, morales, económicas y culturales, sin las cuales, no podemos entender el fenómeno en su integridad.

Finalmente, el proyecto se aprobó por la mayoría, fue el del Ministro José Ramón Cossío, en el cual se decidió que únicamente podía perseguirse tanto al Presidente de la República como al Secretario de Gobernación de ese entonces, por los delitos de genocidio, debido a que su fuero constitucional terminó en el año de 1976, y la denuncia había sido presentada en el año 2002. Cabe referir una situación bastante curiosa respecto a este último punto.

La sentencia final tiene una buena estructura, se encuentra bien redactada y los pronunciamientos son claros. Sin embargo, su esquema argumentativo es bastante cuestionable, ya que la resolución se basa principalmente en la negativa de aplicar el principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, pero al momento de definir dicha regla, ésta no es aplicada de igual forma cuando se trataba de normas constitucionales, que en sí, perjudicaban a otros acusados (Presidente y Secretario de Gobernación). Dicho en términos jurídicos coloquiales: la aplicación pro—retro— homine de los derechos fundamentales, lo cual constituye en sí, una contradicción evidente, como explicamos a continuación.

Posterior a los hechos, se reformó la Constitución en el apartado de Responsabilidad de los Servidores Públicos, para la interrupción de los plazos relacionados con la prescripción de delitos cometidos por el Presidente de la República, el Secretario de Gobernación, entre otros cargos, relativos al artículo 111 del mismo texto fundamental (28 de diciembre de 1982). Por este motivo, antes de esa reforma, no se le podía seguir tanto a él como al Secretario de Gobernación, un proceso penal (1972). De esta forma, la Corte concluyó que, en atención al principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, la Convención sobre la Imprescriptibilidad sobre los Delitos de Lesa Humanidad en caso de aplicarse al presente caso, vulneraba dicho principio, pero no así en el caso del Presidente Echeverría y su Secretario de Gobernación, dado que la aplicación del principio de retroactividad no se actualiza cuando se trata de normas constitucionales. Tal y como hemos sostenido con antelación, esta es la forma de ver la Constitución como un conjunto hermético de preceptos programáticos, coherente y perfecto, es ilusoria, tal como si la armonización a través del balanceo de principios, implicara la supresión o la mutilación de algunas partes del texto constitucional.

La resolución estudia cuatro principales agravios. El primero de ellos, se refiere a la indebida fundamentación del auto que negaba el ejercicio de la acción penal, ya que no había tomado en consideración la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El estudio de este agravio es conforme al silogismo clásico. La premisa mayor o respaldo, es el artículo 14 constitucional, que habla sobre la prohibición de no retroactividad en perjuicio del inculcado, así como la distinta normatividad en materia internacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de los Derechos Humanos) que se refiere al citado principio. La premisa menor es la declaración interpretativa o reserva,⁵² formulada por el Estado mexicano en la citada Convención sobre la imprescriptibilidad. De acuerdo a una subunción clásica, el resultado final sería, el siguiente.

- Existe una prohibición de no retroactividad en materia penal en perjuicio del inculcado tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales.
- El Tratado se firmó después de los crímenes cometidos.
- No debe aplicarse a los crímenes cometidos porque violaría el principio de no retroactividad.

Incluso, llevando el argumento al extremo, se lee en la sentencia lo siguiente: “la citada reserva no hace sino redundar sobre lo ya establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es claro, por tanto, que aún en este caso, la misma no podría ser declarada inválida o inaplicarse al caso en concreto por ir en contra del “objeto y fin del tratado”, ya que de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal”. Creo que la postura formalista no puede ser más clara, ya que de este argumento se advierte (como lo dijimos antes) que la solución al conflicto de principios constitucionales no debe venir a través de la ponderación de principios, pues implicaría incluso desaparecer artículos de la Constitución.

El segundo agravio es un tanto más legalista, ya que se refiere al estudio de la prescripción penal, a través de una diligencia realizada por el mismo Ministerio Público. Al respecto, como es de suponerse, se declararon inoperantes e infundadas dichas manifestaciones, ya que dicha diligencia no tenía por objeto la estricta averiguación de los hechos sometidos a investigación.

El tercer agravio se relaciona con la falta de instrumentos en aquellos años para ejercer el derecho a una tutela de justicia efectiva. Es decir, en la ausencia de recursos internos sencillos, efectivos e idóneos para garan-

⁵² En este punto, la Corte determinó que se trataba materialmente de una reserva, ya que dejaba inaplicable el Tratado para los hechos cometidos en el pasado.

tizar una investigación imparcial sobre los hechos denunciados, derivados de la falta de imparcialidad de las autoridades durante el régimen en que sucedieron los acontecimientos, en donde la Procuraduría General de la República actuaba como cómplice con los autores del ilícito. Es decir, se contaba con una inmunidad absoluta, dado el control político que ejercía de manera el Presidente de la República sobre los actos de aquéllos.

La respuesta a lo anterior, creemos que fue resuelta de una manera simplista, ya que en la resolución definitiva se argumenta que la existencia de los artículos 21 y 102 de la Constitución *per se*, traerían al sistema de justicia la independencia necesaria para que se requiere para averiguar y perseguir los delitos. Además, la hipótesis de una posible suspensión del orden constitucional, conforme al artículo 136 del mismo texto fundamental, la Corte consideró que no se había justificado la razón del dicho del apelante.

Finalmente, el cuarto agravio se declaró fundado, en atención a que se trataba del ejercicio de la acción penal en contra de servidores públicos que al momento de los hechos no gozaban de inmunidad constitucional, pero que debido a una posterior reforma a la misma Constitución (que les perjudicaba materialmente), el periodo a partir del cual comenzaría a contabilizarse el plazo para la prescripción, sería mayor al de los otros acusados (1976). Después de exponer el caso resuelto por la Corte mexicana, continuaremos con el Caso de los Centinelas del Muro de Berlín.

1.2. *Planteamiento del caso “Centinelas del muro de Berlín”*

El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 24 de octubre de 1996, por la Segunda Sala de dicho Tribunal. La solicitud consistía en la impugnación de Hans Albrecht, Heinz Kessler, centinelas del Muro de Berlín, así como el General Fritz Streletz. El segundo de ellos, fue encontrado culpable por los homicidios de siete personas, mientras que el primer guardia y el general, únicamente como participantes en dichos acontecimientos. El Tribunal Constitucional germano resolvió negar el amparo.⁵³

Los hechos acontecieron la noche del 14 de febrero de 1972, cuando una persona intentó cruzar a través del río Kreuzberg 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 ordenes de evitar su escape a como diera lugar. Dicha obligación derivaba del Regla-

⁵³ BVerfGE 95, 96.

mento 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 RDA, 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. Los principales argumentos utilizados en la condena era que se impedía sacrificar la vida como bien jurídico supremo, frente a otros intereses como brindar seguridad a la frontera y por razones de Estado.

El argumento de los demandantes, se centraba en el hecho de que ellos no podían ser condenados por el delito de homicidio, ya que se violaría el principio de retroactividad y legalidad en materia penal. Debido a que, si bien es cierto que la legislación vigente de la República Democrática Alemana estipulaba el delito de homicidio al momento de los hechos, también existían ciertas causas de justificación del delito que fueron invocadas por los acusados, y que se encuentran contenidas en los artículos citados previamente. Conforme a los anteriores argumentos, les fue imputada la pena por el delito de homicidio.

Los recurrentes acudieron al Tribunal Supremo Federal interponiendo un recurso de revisión, logrando únicamente que este órgano modificara la forma de argumentar, pero con el mismo resultado que la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Constitucional señaló de manera expresa que el derecho positivo debía ceder ante la justicia de las normas, producto obviamente de la legislación de la Alemania Oriental que justificaba el homicidio, la cual tenía por objeto proteger la frontera, incluso permitiendo y justificando el sacrificio de vidas humanas.

Con fundamento en este último argumento, el referido Tribunal eliminó la causa que absolvía a los guardias del homicidio, ahora lo que restaba

probar era la culpabilidad de los centinelas. Al respecto, el mencionado órgano estableció que el homicidio había sido doloso, ya que la persona se encontraba desarmada y la ráfaga continua de disparos con arma de fuego lo había dejado sin posibilidad de defenderse.

Finalmente, el asunto llegó al Tribunal Constitucional Alemán, el cual determinó que se encontraban ante un conflicto entre dos principios esenciales: el mandato de justicia material del Estado de derecho y la prohibición absoluta de retroactividad y legalidad en materia penal. Por lo tanto, mientras en un Estado no se respetaran los principios democrático, de división de poderes y respeto a los derechos fundamentales, resultaría absurdo pretender darle validez al principio de no retroactividad de las leyes penales en beneficio de los mismos infractores del orden constitucional.

Para este propósito, se desarrolló una estructura argumentativa a partir del mandato de justicia material, contenido en la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el cual prohibía la aplicación de una causa de justificación de ese tipo, legitimando de esta forma, la invocación de los criterios de la fórmula de Radbruch utilizados por el Tribunal Estatal que impuso la condena. Cabe aclarar que en adición al punto anterior, el Tribunal Constitucional determinó que existían de igual forma Tratados Internacionales que apoyaban el sentido de la fórmula de Radbruch, cuándo el Estado viola derechos humanos, situación que se ajustaba perfectamente a la Ley Fundamental de aquél país. De esta forma, la aplicación de la fórmula Radbruch tenía lugar, ya que se consideraba una carga desproporcional e injustificada, la existencia del derecho extremadamente injusto de las leyes de la frontera y del uso desmedido de la fuerza pública. En este tenor, la condena impuesta a los demandantes no violaba el principio de culpabilidad, ya que dicha condena encontraba fundamento en los principios de dignidad humana, derecho a la vida, y Estado de Derecho.

Los agraviados con la sentencia, acudieron al Tribunal de Estrasburgo, ya que consideraron que la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, violaba su derecho de seguridad jurídica, especialmente por la violación al principio de no retroactividad en materia penal. El Tribunal dictó la primera sentencia el 14 de febrero de 2001 y la segunda el 22 de marzo del mismo año.

Respecto de la segunda demanda, el mencionado órgano aclaró que debía analizarse con detenimiento el contexto de transición entre los sistemas jurídicos diferentes, antes y después de la reunificación de Alemania.⁵⁴ Por este motivo, las causas de justificación del tipo penal de homicidio, delito por el cual habían sido condenados los centinelas, sobre la invocación del mandato de justicia material y la violación de derechos

⁵⁴ STEDH *Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*, párr. 52.

humanos, la Corte Europea no emitió pronunciamiento al respecto, limitándose a decir que: “debido a que la interpretación y aplicación del derecho nacional son cuestiones a ser decididas primariamente por los tribunales en cada país, no corresponde que el Tribunal exprese una opinión respecto de tales diferentes aproximaciones que ilustran la complejidad jurídica del caso”.⁵⁵ Sin embargo, más adelante refiere: “El Tribunal considera que una práctica estatal como política de policía de frontera de la RDA, que flagrantemente viola los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, que es el valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no puede estar encubierta por la protección del artículo 7.1 de la Convención.”

Ahora bien, la sentencia dictada el 14 de febrero por el mismo Tribunal Internacional, determinó que el mismo Código Penal del RDA disponía en su capítulo primero sobre los castigos de los delitos contra la paz, la humanidad y los derechos humanos. Sin embargo, una de las diferencias más notables del presente caso con el anterior, era el hecho del grado en que un soldado raso sabía o debía haber sabido, que disparar contra personas que sólo pretendían cruzar la frontera era un delito de acuerdo con el derecho de la RDA.⁵⁶ A pesar de esta situación, el Tribunal Europeo consideró que el uso de la fuerza había sido utilizado de manera absolutamente innecesaria. Asimismo, no pretendía proteger a nadie con el ejercicio de la violencia ilegítima, ya que el único objetivo de los fugitivos era salir del país. A la luz de estas consideraciones, el citado órgano determinó que “al momento en que fue cometido, el acto del peticionante constituía un delito definido con suficiente cognoscibilidad y previsibilidad por las reglas de derecho internacional en materia de protección de derechos humanos.”⁵⁷

2. ANÁLISIS DEL CASO MEXICANO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, los expertos coinciden en que no existió una buena metodología al momento de plantear los cuestionamientos, relativos a la sentencia del caso “El Halcón”. Al respecto, Edgar Corzo Sosa, realiza la siguiente crítica:⁵⁸

- a. Se hace un análisis formalista frente a una disposición de gran contenido material. Es decir, frente a una noción material de no retroactividad se opone el criterio formal de la ley;

⁵⁵ STEDH Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania, párr. 66.

⁵⁶ STEDH K. H. W. vs. Alemania, párr. 71.

⁵⁷ *Ibidem*, 105.

⁵⁸ “Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 14, enero-junio, IJ-UNAM, México, 2008. pp. 236-237.

- b. Si la retroactividad es posible tratándose de una reforma constitucional, faltó analizar si ello incluso va por encima de no perjudicar a una persona; y
- c. Se utiliza como fundamento la tesis que dice que “no es aceptable que una norma constitucional no deba observarse a lo dispuesto en otra”.

Con lo que de coincidimos igualmente, es con el hecho de que la imprescriptibilidad del crimen de genocidio no es caprichosa, ya que la norma que prohíbe el genocidio “presenta como elemento esencial su imprescriptibilidad, porque los límites temporales de su persecución y de su reparabilidad producirían la negación de los derechos que tutela dicha norma (vida, integridad, dignidad, libertad, igualdad, participación democrática), así como de sus garantías.”⁵⁹ Sin embargo, esto no resulta tan evidente para la mayoría que votó a favor del proyecto:

El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individuales frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra entidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es el reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa; y hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida “legalidad superior” que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado. Los argumentos totalitarios han seguido esta mecánica de argumentación y los resultados han sido siempre nefastos para la humanidad que pretenden proteger y que utilizan como fundamento.

Los totalitarismos siempre han pretendido haber encontrado un camino para establecer la justicia en la tierra, un camino que implica el sacrificio del derecho positivo en aras de una forma más elevada de legitimidad. Sin la traducción de esta justicia a normas del comportamiento individual, el argumento que busca aplicar directamente esta pretendida Ley superior sin preocuparse del comportamiento y de los derechos básicos de cada hombre espera que esta Ley, adecuadamente aplicada y ejecutada, produzca una “humanidad” como producto final, lo que conduce inevitablemente a la reivindicación de dominación por parte del argumento totalitario y conduce empíricamente al terror.

En este sentido hay que tener en cuenta las palabras de Hannah Arendt acerca del terror totalitario:

...

Dejando de lado la cita de Hannah Arendt, (que por cierto, se encuentra totalmente descontextualizada), creo que debió haberse realizado un análisis más concienzudo sobre la posible existencia de un derecho injusto en la aplicación en la reserva que realizó el Estado mexicano sobre el

⁵⁹ SILVA GARCÍA, Fernando, “El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio vs. irretroactividad de la ley?” en *Cuestiones Constitucionales, op. cit.*, p. 245.

seguimiento de los delitos únicamente a partir de la firma del Tratado, tomando en consideración la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad expuesta previamente. De esta forma, pudo haberse concluido que el crimen de lesa humanidad como el genocidio por sí mismo, no prescribía, y por tanto, no era susceptible aplicar las reglas del principio de no retroactividad al caso en particular.⁶⁰

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y EL DEBATE SOBRE EL FUERO MILITAR: AMPARO EN REVISIÓN 989/2009

Uno de los temas fundamentales que no se abordó en la reforma penal fue el régimen de juzgamiento en el ámbito castrense. 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 constitucional,⁶¹ 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 respeto a los derechos humanos y la seguridad pública.⁶² 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

⁶⁰ Actualmente existe una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Uruguay, precisamente por la falta de investigación en contra de la guerra sucia en aquel país durante los años setenta y ochenta. Se trata del Caso 12.607 contra la República Oriental del Uruguay.

⁶¹ 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.*

⁶² Acción de Inconstitucionalidad 1/96.

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.⁶³ Un año después (21 de Agosto de 2012), este mismo órgano ha declarado la inconstitucionalidad del artículo del Código de Justicia Militar en cuestión, provocando un sinnúmero de reacciones en todos los ámbitos gubernamentales, reforzando nuestra hipótesis planteada al inicio de nuestra investigación (2010), y dotando de certeza al plano hermenéutico y argumentativo, a través de un análisis frontal de los principios constitucionales en conflicto.⁶⁴

1. LA NEGATIVA DE LA SUPREMA CORTE A DISCUTIR
SOBRE EL FUERO MILITAR Y LA FALTA DE LEGITIMACIÓN
PROCESAL DE LA VÍCTIMA PARA IMPUGNAR
LOS ACTOS RECLAMADOS

Se trata del 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, consig-

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

nando a los cinco militares presuntamente responsables. La esposa de una de las víctimas acudió al juicio de amparo, con la finalidad de impugnar esta situación, pidiendo que se declarara inconstitucional el precepto señalado arriba, al caso en particular. Lo anterior, debido a que consideraba que dicha normatividad vulneraba los límites establecidos en el artículo 13 de la Constitución Federal.

El proyecto inicial del ministro José Ramón Cossío (que comentaremos más adelante) fue rechazado por la mayoría, debido a que se consideraba que se actualizaba una causal de improcedencia: la falta de interés legítimo de la actora para interponer el juicio de amparo, motivo por el cual la resolución de la Corte fue en el sentido de desechar la demanda.

El punto medular de la negativa de la Corte para conocer del asunto, inicia en el Considerando Sexto de la sentencia, 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.”⁶⁵

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”,⁶⁶ 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.

⁶⁵ Amparo en Revisión 989/2009, p. 89.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 94.

Sin duda alguna, el voto de la minoría compuesto por los ministros José Ramón Cossío (que formuló un análisis de fondo y veremos más adelante), Olga Sánchez Cordero y Genaro David Góngora Pimentel, es de lo más destacable en aquella resolución, debido a que ponen de manifiesto el defectuoso análisis realizado en el proyecto aprobado por la mayoría. El primero error del proyecto que tiene que ver incluso con la lógica formal, se refiere a la invocación de un argumento de autoridad por el Juez de Distrito que inicialmente conoció del asunto. Es decir, éste (al igual que en la resolución de la Corte) condicionó la procedencia del juicio de amparo con la existencia de un derecho subjetivo cuya titularidad le pertenecía a la ofendida. Sin embargo, dicha consideración únicamente podía conseguirse, a través del estudio de fondo que se debió haber realizado, ya que de no llevar a cabo tal análisis, el argumento sería circular, dado que de no estudiarse el fondo del asunto, jamás se podría saber si existía un derecho subjetivo tutelado y no decidir a priori, únicamente basándose en las causales de improcedencia relativos a la falta de interés jurídico contenidos en la Ley de Amparo.

La cuestión de fondo entonces, era si la quejosa en el amparo tenía el interés jurídico para promoverlo, pero éste derivaba directamente de la afectación que ella aducía, relacionada con la violación al artículo 13 de la Constitución Federal, específicamente el estudio sobre los alcances del fuero militar y la prohibición de que las averiguaciones donde están implicados civiles, las lleven a cabo las autoridades militares, y por consiguiente, la violación de aquél derecho fundamental en relación al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar.

La Corte había reconocido previamente en distintas jurisprudencias⁶⁷ derechos de la víctima u ofendido, situación que en el presente caso debió haber ampliado los derechos de las víctimas. Sin embargo, para ver si existía ese derecho y la posibilidad de que los militares fueran juzgados por una autoridad civil, se debió haber realizado el estudio correspondiente. Sobre este punto, el voto de la minoría, refiere que se violó el principio pro actione de derechos fundamentales, consistente en que, en caso de duda debía mantenerse el procedimiento y llevarlo hasta el final, optimizando de la mejor manera posible, los derechos de la afectada.⁶⁸ Asimismo, se concluyó lo siguiente, en torno al interés jurídico.

⁶⁷ LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Contradicción de tesis 152/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito y el entonces Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

⁶⁸ Voto de minoría, p. 23.

No tendría sentido que el juicio de amparo fuera el medio para hacer valer derechos fundamentales si el sólo acceso al mismo se encuentra restringido a que de antemano efectivamente se pruebe la titularidad del derecho en cuestión. Justamente lo que muchas veces se reclama en el juicio es que esa titularidad sea reconocida mediante una sentencia que estudie el fondo y que, en su caso, se llegue a ella con la interpretación de todas las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

Si la procedencia del juicio de amparo se entendiera sólo limitada a los casos claros de procedencia (en los que es evidente que existe un derecho sustantivo afectado), entonces los derechos fundamentales consagrados en nuestro orden jurídico no se verían, de facto, protegidos. Bajo ese entender, la interpretación sobre el alcance de tales derechos estaría siempre condenada a las interpretaciones del pasado, pues en todos los casos en los que la formulación de protección en la Constitución no fuese expresa o en los que no existiera previo pronunciamiento jurisprudencial al respecto, la respuesta sería: no entrar al fondo del asunto.

Ahora bien, en lo que atañe al fondo de la cuestión planteada por la víctima, el ministro José Ramón Cossío fue el único en elaborar un proyecto coherente y suficiente. En él se encarga de analizar a fondo la interpretación del artículo 13 constitucional, en relación con los alcances del fuero militar. En dicho voto, analiza con detenimiento la evolución que ha tenido el fuero militar, desde la Constitución de Cádiz hasta la Constitución actual. En un principio, manifiesta que los fueros eran privilegios concedidos a favor del personal de la milicia, dadas las condiciones en las que vivía nuestro país en aquél entonces. Tiempo después, el constituyente del '57 reformó el artículo 13 de la Constitución, quedando establecido que el fuero de guerra subsistía para aquellas faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar.

Desde la perspectiva del ministro Cossío, las preguntas a dilucidar eran las siguientes: ¿el artículo 13 constitucional prohíbe que los Tribunales militares conozcan de asuntos que versan sobre delitos del orden común o federal y/o en los que está involucrado un civil como sujeto pasivo? ¿hay razones constitucionales que informan por qué es deseable que los tribunales ordinarios ejerzan jurisdicción sobre aquellas controversias penales que versan sobre conductas delictivas ajenas al orden militar o en las que interviene en su carácter de ofendido o víctima? ¿hay alguna justificación constitucional para considerar que el grado en que tal garantía (prohibición de fuero) ha de protegerse debe variar en razón de la calidad de la persona que está involucrada en el proceso penal?

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.

Destaca el planteamiento, a partir de un estudio previo de las normas, a partir de la teoría de la norma del inglés George Henrik von Wright, y sus elementos: carácter, contenido y condiciones de aplicación, concluyendo que 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. A continuación, nos referiremos precisamente a este criterio adoptado por el ministro Cossío. El cual fue de nueva cuenta invocado, pero ahora en tres sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano.

1.1. LA URGENTE REVISIÓN DEL FUERO MILITAR EN EL ESTADO MEXICANO (LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

Las principales interrogantes que surgen en este apartado son las siguientes: ¿bajo qué condiciones se permite la intervención de las fuerzas armadas para asegurar el orden interno de los Estados? 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.”⁶⁹ 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.⁷⁰

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 “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.⁷¹

⁶⁹ OEA Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo (Lima, Perú, abril de 1996)

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numerales 86-91. A pesar de ello, los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos de Norteamérica, ocasionaron una de las crisis más graves de seguridad pública en aquel país, provocando en consecuencia la existencia de una innumerable cantidad de leyes discriminatorias y violatorias de derechos fundamentales, entre las que se encuentran la posibilidad de detener a un extranjero durante siete días como medida preventiva sin tener que presentar cargos contra él, si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista, pinchar teléfonos o cuentas de Internet asociadas a un supuesto terrorista sin tener que lograr una orden judicial para cada uno de los números. Con ello la policía queda capacitada para interceptar comunicaciones de ciudadanos completamente inocentes, agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones, así como la necesidad de legalizar ciertas formas «atenuadas» de tortura. RIVERA, I., “La guerra como racionalidad geopolítica constitutiva. (Nuevamente) sobre el concepto del enemigo” en VV. AA., *Rastros de Dixan. Islamofobia y construcción del enemigo en la era post 11-S*, Virus Editorial, Barcelona, 2009, pp. 13-36.

⁷¹ 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)

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.

A continuación, presentaremos las tres sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con el fuero militar y la falta de una investigación adecuada para aclarar la violación de los derechos humanos cometida por elementos del ejército mexicano.

La primera sentencia es la del Señor Radilla Pacheco *vs.* México, dictada el 23 de noviembre de 2009. Los hechos se relacionan con la presunta desaparición forzada del señor Rosendo de apellidos indicados el 25 de agosto de 1974. A sus 60 años, él y su hijo viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, Guerrero. Dicho autobús fue detenido por personal del ejército militar, los pasajeros fueron inspeccionados, después de ello abordaron de nuevo. Posteriormente, el autobús fue detenido nuevamente en otro retén, a la entrada de la Colonia Cuauhtémoc, entre Cacalutla y Alcholca. Los militares solicitaron descender a los pasajeros para revisar el interior. Tiempo después, se indicó a los mismos subir, con excepción del señor Rosendo Radilla, quien quedó detenido, siendo informado por los oficiales “porque componía corridos”. A esto, el detenido respondió que “eso no constituía ningún delito”. Inmediatamente fue replicado por un militar: “mientras, ya te chingaste”. En ese mismo instante, el señor Rosendo solicitó a los Agentes Militares dejar ir a su hijo Rosendo Radilla Martínez por ser un menor, a lo cual accedieron, recibiendo la instrucción de su padre de avisar a la familia que había sido detenido, quedando a disposición de la Zona Militar de Guerrero. Tiempo después, existieron testimonios que lo ubicaron en el cuartel militar de Atoyac, siendo torturado por el personal militar. Desde ese entonces, no se le volvió a ver.

La Corte Interamericana encontró responsable al Estado mexicano, por la violación al derecho a la libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y la vida, en contra del Señor Rosendo Radilla Pacheco. Así como por la violación a la protección judicial y las

garantías judiciales efectivas, a favor de su familia. Se determinó de acuerdo al acervo probatorio (además de las distintas declaraciones del Estado y la averiguación realizada por la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del pasado) la desaparición forzada de la víctima. Respecto al tema que nos interesa, a pesar del aparato de Estado (la Fiscalía), creado especialmente para perseguir estos delitos del pasado, durante la llamada “Guerra Sucia”, se determinó que las indagaciones para aclarar la verdad de los hechos no se estaba indagando directamente a los responsables, sino a las diligencias realizadas a la familia de Rosendo. Sobre este punto, la Corte expresó:⁷²

Para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas, así como para garantizar los derechos que se han visto afectados en el presente caso, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

Uno de los temas más delicados y que tiene relación directa con el caso “El Halconazo”, que hemos relatado en párrafos anteriores, el gobierno mexicano argumentó ante la Corte que el tipo penal de desaparición forzada había sido creado apenas en 2001, incorporado por medio de la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas. Por este motivo, el gobierno consideraba ilegal y violatoria del principio de no retroactividad en perjuicio del inculpado, la detención de un posible responsable en el año 2005, el comandante Francisco Quiroz Hermosillo. Sin embargo, ante tal afirmación, la Corte fue tajante (párrs. 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* párr. 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* párr. 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).

⁷² párr. 233 de la Sentencia.

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 CIHD 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.⁷³ 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.⁷⁴ 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 encontraba 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 demo-

⁷³ Párr. 273 de la sentencia.

⁷⁴ Párr. 297 de la sentencia.

crático 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 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”.

Después de cuatro intensos debates, la orden de la Corte Interamericana fue desestimada por la Suprema Corte mexicana el día 8 de septiembre de 2010, por mayoría de ocho votos a tres. Volviendo a turnar el proyecto del Ministro José Ramón Cossío (que proponía que el Poder Judicial de la Federación acatará la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, la cual estaría encargada de realizar un dictamen, con la finalidad de resolver si se encuentran en condiciones de resolver el asunto con independencia del Poder Legislativo. Sobre este punto, los ministros discutieron si la sentencia es o no ejecutable, incluso si la CIDH se extralimitó en su sentencia al no tomar en cuenta las reservas, y lo que es peor, para definir si aceptan o no la jurisdicción del organismo interamericano. El sentido del nuevo proyecto, fue anunciado de alguna forma por quien encabeza la mayoría de ministros que desechó el proyecto, el ministro Aguirre Anguiano, quien remató: “Poco le faltó para ordenar que se modificara la Constitución, pero para mí, lo que es el desborde más radical, y pienso yo que es inaceptable, es desechar la reserva expresa”.⁷⁵

⁷⁵ Versión estenográfica de la Sesión Pública de 7 de septiembre de 2010, p. 15.

Hasta aquí, podemos decir que los pronunciamientos de la CIDH sobre este tema indican la postura de los votos minoritarios aquí analizados. Las siguientes resoluciones de este mismo órgano, serán estudiadas de manera breve, pues en ellas se insiste en lo expresado en el Caso Rosendo Radilla, acerca de la obligación del Estado mexicano para aclarar y limitar los alcances que pudiera tener el fuero militar en las violaciones de derechos humanos cometidas por militares, así como de la responsabilidad de los órganos internos (Congreso y Corte) para establecer los alcances y límites al fuero militar.

La sentencia del Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, fue dictada el 31 de agosto de 2010. Los hechos se refieren a la presunta violación sexual de la indígena del Estado de Guerrero, Valentina Rosendo Cantú, el día 16 de febrero de 2002, así como a las deficientes investigaciones realizadas posterior a esos hechos y la imposibilidad de la actora para que las investigaciones pertinentes fueran realizadas por autoridades civiles 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.⁷⁶ 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 en el mismo sentido que en el Caso Rosendo Radilla: “reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana...”.⁷⁷

⁷⁶ SCIDH Rosendo Cantú vs. México, párr. 161. En lo que respecta a la investigación respectiva la CIDH sostuvo: “... el Tribunal observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Rosendo Cantú. Asimismo, la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Rosendo Cantú, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación. Sobre este aspecto, la Corte destaca lo señalado por la perita Arroyo Vargas, durante la audiencia pública del caso, respecto de que en “caso[s] de violencia sexual, los estándares mínimos [de recopilación de pruebas] tiene[n] que ser la inmediatez y la celeridad”.

⁷⁷ SCIDH Rosendo Cantú vs. México, párr. 222.

El asunto final a analizar, trata de otra presunta violación sexual cometida por miembros del ejército mexicano en contra de la señora Fernández Ortega. 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.⁷⁸ Finalmente, se condenó a México por la violación de los derechos de integridad personal, dignidad y vida privada, así como los artículos relacionados con la Convención Interamericana para Sancionar y Prevenir la Tortura, en perjuicio de la víctima.

Como sucedió en los casos relatados previamente, las investigaciones fueron remitidas al fuero militar, para que este continuara con la averiguación y castigo de los culpables. 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.⁷⁹ Por este motivo, se 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

⁷⁸ SCIDH Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 112. En el mismo sentido se encontró la argumentación, relativa a la debida averiguación para esclarecer la violación a los derechos humanos: "197. La Corte observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad en varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Fernández Ortega. Asimismo, la carencia de recursos materiales médicos elementales, así como la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Fernández Ortega, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación."

⁷⁹ SCIDH Fernández Ortega y otros vs. México, párrs. 239-240.

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 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 20. 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.⁸⁰ Argumentos que habían sido expuestos atrás en los votos de minoría del propio Pleno de la Corte. Posteriormente, el 21 de agosto de 2012,⁸¹ 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.

⁸⁰ Párr. 40 a 43. Caso Radilla. Expediente varios 912/2010.

⁸¹ 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.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, SU CONTENIDO ESENCIAL Y SUS LÍMITES

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.⁸² 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”.⁸³ 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.⁸⁴

⁸² 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; TESIS AISLADA CCXVIII/2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD; TESIS AISLADA CCXIX/2009. DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS; TESIS AISLADA CCXX/2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. MODO EN QUE DEBEN SER ENTENDIDOS LOS REQUISITOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD; TESIS AISLADA CCXXI/2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RESPONSABILIDAD POR INVASIONES AL HONOR DE FUNCIONARIOS U OTRAS PERSONAS CON RESPONSABILIDADES PÚBLICAS SÓLO PUEDE DARSE BAJO CIERTAS CONDICIONES, MÁS ERICTAS QUE LAS QUE SE APLICAN EN EL CASO DE EXPRESIONES O INFORMACIONES REFERIDAS A CIUDADANOS PARTICULARES.

⁸³ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 425. FREIXES SANJUÁN, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 15, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), No. 70, octubre-diciembre 1990, pp. 93-124; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Un caso de internacionalización y constitucionalización. las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

⁸⁴ 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*, IJ-UNAM, México, 2007, pp. 155-174. Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades

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. En este apartado, nos encargaremos de presentar dos casos que resultaron emblemáticos en la jurisdicción constitucional mexicana. Uno se encuentra relacionado con injurias proferidas a los símbolos nacionales por un poeta del Estado de Campeche; mientras que el segundo, se refiere a la colisión del derecho de información frente al derecho a la intimidad de un personaje de relevancia pública. En primer término, nos avocaremos a señalar cuáles han sido las directrices que ha dado la misma SCJN sobre este preciado derecho fundamental. Posteriormente, nos encargaremos del análisis de los asuntos a los que hemos hecho referencia previamente.

1. LA COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR E INTIMIDAD
CONFORME A LA SCJN

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 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 persona,⁸⁵ para lo cual se requieren dos elementos: demostrar que se trata de una figura pública y que la información es de interés público.

de la comunicación, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 15, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 70, octubre-diciembre 1990, pp. 93-124; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

⁸⁵ TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 873.

La resolución final emitida por la Suprema Corte destaca por su extraordinario análisis jurisprudencial comparado e internacional en materia del derecho a la libertad expresión. En ella se citan precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, Tribunal Constitucional Español, Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, así como las Observaciones de Naciones Unidas sobre la misma temática. Se refiere a la publicación en un periódico de circulación regional de Acámbaro, Guanajuato, de una entrevista realizada a un ex servidor público de aquella municipalidad, donde concede una entrevista al Periódico “La Antorcha” y platica sobre distintas actividades que como chofer realizó cuando trabajó con el Presidente Municipal. Tiempo después el Presidente de aquél municipio presentó una denuncia penal, ya que las declaraciones, según el denunciante, le causaban deshonra, descrédito y perjuicio.

El destacable análisis de fondo que se realiza sobre los hechos mencionados, 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 lo posible”. En ese sentido, se determinó que los derechos a la libertad de expresión e imprenta eran principios fundamentales.

2. DOS CASOS PARADÓJICOS: EL CASO DEL POETA MALDITO SERGIO WITZ, DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (AMPARO EN REVISIÓN 2676/2003), FRENTE AL CASO TEXAS VS. JOHNSON, DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA 491 US 397(1989)

La defensa del principio de tolerancia y la libertad de expresión, son dos de los valores que históricamente han sido defendidos por el liberalismo político. La interpretación que ha realizado la Corte Suprema de Estados Unidos es sumamente ilustrativa para comprender los procesos de deliberación pública y de integración en aquellas sociedades.

Este apartado tiene como objeto analizar dos casos bastante similares que sucedieron en los Estados Unidos de Norteamérica y México, respectivamente. En ambos se discute el castigo penal a dos personas por haber ultrajado los símbolos nacionales, específicamente la bandera nacional. El propósito de llevar a cabo este ejercicio es realizar un análisis hermenéutico sobre cánones de racionalidad entre estos dos Tribunales, con la finalidad de extraer la metodología empleada en cada una de las sentencias, dado que la resolución final en dichos casos resultó contradictoria, penalizando en una el hecho de proferir expresiones que resultaban denigratorias al pabellón nacional, mientras que en el otro caso, se considera-

ba contrario al espíritu del derecho a la libertad de expresión, criminalizar dichas conductas.

En primer lugar, tenemos el fallo de 5 de octubre de 2005, dictado por la primera Sala de nuestra Corte, cuando resolvió sobre la constitucionalidad del tipo penal de “*ultrajes a las insignias nacionales*”, establecido en nuestro Código Penal Federal,⁸⁶ el cual establece en su artículo 191: 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.

Los hechos del caso, se refieren a, proceso penal iniciado a Sergio Hernán Witz Rodríguez, por el tipo penal descrito arriba, debido a la publicación de un poema en la Revista ‘Criterios’, del Estado de Campeche, número 44, abril de 2001.

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 López Velardiano 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’.

A juicio del solicitante, la penalización de la conducta 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*. Además, para algunos juristas que discrepaban de la opinión de los ministros, el razonamiento meritaba un análisis basado en los *principios de taxatividad y proporcionalidad en materia penal*, ya que el tipo penal de ultraje a los símbolos nacionales era *excesivamente abierto y manifiestamente desproporcionado*, razón por lo cual violaría los principios antes aludidos y permitía al Estado perseguir a los escritores que ejercían su derecho a la libertad de expresión.⁸⁷

⁸⁶ 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., Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 496-500.

⁸⁷ En palabras del jurista Miguel Carbonell: “Los ministros Sergio Valls, José de Jesús Gudiño y Olga Sánchez votaron a favor de la constitucionalidad del tipo penal [...] con esa votación permitieron que siguiera adelante un proceso penal abierto en contra del poeta

Desde nuestra perspectiva, coincidimos con la opinión de los académicos que criticaron el fallo, ya que según el derecho vigente en México (incluyendo el amplio y vasto catálogo de derechos humanos consagrado en tratados internacionales), las conductas relacionadas con la libertad de expresión no deben estar tipificadas como delitos, sino que únicamente pueden ser objeto de responsabilidades administrativas posteriores. Aunado a eso, si aplicamos el test de proporcionalidad, la limitación o restricción al derecho fundamental resulta desproporcionada, ya que existían medidas menos gravosas para no desnaturalizar o sacrificar el contenido o núcleo del derecho en cuestión, como la imposición de alguna multa administrativa.

Asimismo, la intervención también es innecesaria, ya que el derecho penal en las últimas décadas se ha dedicado a destipificar conductas, y la tradición moderna nos habla incluso del menor uso posible del *ius puniendi* estatal, para dejar los casos realmente graves o que impliquen bienes jurídicos de superior jerarquía al derecho penal sancionador; también la sanción resulta inadecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo, que era conservar la moral pública, además de resultar vago e indeterminado en el campo del derecho penal la introducción de la moral como un elemento del tipo penal en referencia, lo que nos lleva a argumentar que, como bien se asentó líneas atrás, se viola el principio de taxatividad al tener un tipo penal abierto y contrario a la especificidad que debe tener el mismo.

De igual forma, el principio de razonabilidad exige, o por lo menos, sugiere que el Estado no debe actuar como un censor de cada escrito ultrajante o hiriente que se publique como manifestación artística en el país al puro estilo de los antiguos regímenes absolutistas, pues precisamente en eso radica el normal proceso de maduración y fortalecimiento del proceso público de discusión, en el contexto de una democracia deliberativa.

Además, a la luz del derecho comparado y particularmente la doctrina y jurisprudencia alemana, considero que por tratarse de un poema, la discusión en la Sala se debió haber centrado en el derecho a la libertad artística, y no únicamente en el derecho a la libertad de expresión; aunque

Sergio H. Witz por haber publicado un poema menor en una revista marginal del Estado de Campeche [...] los tres ministros consideraron que en México se puede perseguir penalmente a una persona por haber escrito una poesía que, según algunos, “ultraja a la bandera”. Cfr. CARBONELL, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión” en *Isonomía*, No. 24, México, abril 2006, p. 172. Existieron más replicas de diversos juristas bastante interesantes al respecto entre las que se encuentran: Cfr. POU, Francisca, El precio de disentir. El debate interno en la Corte, *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197. Cfr. LÓPEZ SALAS, Rafaela, “El caso Sergio Witz: ¿Un conflicto de derechos?” en *Cuestiones Constitucionales*, Número 16, México, enero-julio 2007, pp. 435-449. También se publicó el Voto de la minoría disidente de los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, *Isonomía*, No. 24, México, abril 2006, pp. 201-217.

uno resulta derivado de otro y algunos ministros de la Corte hayan calificado el poema como pésimo, considero que sí había argumentos y antecedentes suficientes para considerar que se trataba del derecho a la libertad artística, con el objeto de situar en el adecuado contexto al caso en particular, como la profesión del actor (escritor-poeta), su trayectoria artística (publicaciones de poemas anteriores) y la actual situación de debilitamiento de la esfera y administración pública en nuestro país.⁸⁸

Por otra parte, tenemos un caso similar acontecido hace algunos años en los Estados Unidos de Norteamérica en pleno apogeo del modelo neoliberal, con la llegada al poder de Ronald Reagan y la aplicación de políticas económicas que redujeron de manera significativa el gasto público y social. La situación ocurrió durante el año de 1984, durante la Convención Nacional Republicana, un ciudadano llamado Johnson, participó en una demostración pública para protestar contra las políticas del Presidente la cual tuvo lugar en Dallas, Texas. Después de una marcha a lo largo de la ciudad, Johnson quemó una bandera americana mientras balbuceaba gritos de protesta: "America, the red, the White, and blue, we spit on you" ("América, el rojo, el blanco y el azul, escupimos en ti"). Ninguna persona se alteró por ello, sin embargo, algunos testigos manifestaron que se habían sentido ofendidos por la quema de la bandera.

Posterior a estos hechos, Johnson fue encarcelado por el delito establecido en la legislación de Texas que tipificaba como delito el acto de injuriar un objeto venerado como lo representa la bandera nacional, la pena fue confirmada por la Corte de Apelaciones de este Estado. Finalmente, el 21 de junio de 1989 el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, y este consistió particularmente en decidir sobre la constitucionalidad del Código Penal de Texas, que tipificaba el delito de la siguiente forma:

42.09

Injurias a un objeto venerado

A quien cometa una ofensa intencionalmente o profane con conocimiento:

...

⁸⁸ Como referencia de escritos ultrajantes a las instituciones del Estado, durante los años setenta existió un escrito bastante crítico de la situación de ese entonces, del poeta chiapaneco, Jaime Sabines, titulado "Diario Oficial", lo que resulta algo paradójico, pues en aquel tiempo se piensa que el régimen oficialista era represor y censor de todos los medios de comunicación en el país. "Por decreto presidencial: el pueblo no existe /El pueblo es útil para hablar en banquetes /"Brindo por el pueblo de México", /"Brindo por el pueblo de Estados Unidos." //También sirve el pueblo para otros menesteres literarios: /escribir el cuento de la democracia, /publicar la revista de la revolución,/ hacer la crónica de los grandes ideales. //El pueblo es una entidad pluscuamperfecta /generosamente abstracta e infinita. /Sirve también para que jóvenes idiotas/ aumenten el área de los panteones /o embarquen las cárceles /o aprendan a ser ricos. //Lo mejor de todo lo ha dicho un mejor Ministro: /"Con el pueblo me limpio el culo." /He aquí lo máximo que puede llegar a ser el pueblo: /un rollo de papel higiénico /para escribir la historia contemporánea con las uñas".

3. La bandera estatal o nacional

...

b. Para estos efectos, injuriar significa desfigurar, dañar, o de otro modo, maltratar psicológicamente de tal forma que el actor sepa de la seria ofensa hacia una o más personas que tengan la probabilidad de observarlo o descubrir su acción.

En una votación estrecha de 5 contra 4, se consideró que la pena impuesta por la legislación del Estado de Texas eran inconstitucional pues limitaba indebidamente la libertad de expresión. Conforme a la argumentación que dio este tribunal al emitir su fallo, se determinó que quemar una bandera, no era nada más que una expresión simbólica. Incluso el ministro ponente, William Brennan, afirmó que la libertad de expresión consagrada en la primera enmienda, establecía que el gobierno no podía prohibir la expresión de una idea solamente porque la sociedad la encontrara ofensiva o desagradable y aseguró que el acto de quema de bandera que se juzgaba, en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social, aunado a ello, para el análisis de los hechos ocurridos debió haberse realizado un test de escrutinio estricto. Por tanto, la quema de la bandera se encontraba protegida por la libertad de expresión, ya que en ningún momento constituía una amenaza para la paz social, incluso, el hecho de criminalizar la posibilidad de realizar este hecho simbólico, acabaría con la misma libertad por la que ese emblema es respetado.⁸⁹

3. DERECHO A LA INTIMIDAD VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (CASO MARTHA SAHAGÚN: UN CONFLICTO DE DERECHOS)

El trabajo que el lector tiene en sus manos se encuentra basado en un análisis a una de las últimas sentencias dictadas por nuestra Corte en materia de libertad de expresión y derecho a la intimidad. Se trata del caso: “Martha Sahagún” esposa actual del Expresidente Vicente Fox Quesada, en contra de la Revista Proceso que resolvió nuestro máximo Tribunal, el siete de octubre de 2009, identificado en el Amparo Directo 6/2009. El

⁸⁹ Existieron votos concurrentes de los jueces Rehnquist, White y O'Connor, quienes manifestaron que la bandera había sido considerada por largos años como un objeto sagrado. Al respecto, realizaron un repaso sobre la historia de la bandera norteamericana. “La bandera americana ha tenido un rol central en nuestra nación en los más trágicos conflictos, cuando el norte peleó contra el sur... los Estados sureños formalizaron su separación de la Unión, adoptando las “barras y las estrellas” de la Confederación... La bandera simboliza la nación en paz y en guerra. Esto significa nuestra presencia nacional en batallas, instalaciones militares y edificios públicos... a lo largo de más de doscientos años de nuestra historia, se ha vuelto el símbolo que contiene nuestra nación. Posterior a dicha resolución, en 2007 el Senado rechazó por un voto, la propuesta de enmienda del Partido Republicano que prohibía la profanación de la bandera norteamericana.

motivo de conflicto en el presente caso es la publicación de un Reportaje en la Revista Proceso (Semanao de Información y Análisis No. 1478), titulado: Hasta que la Iglesia nos Separe e Historia de una anulación sospechosa, en donde se publicó un fragmento de la demanda eclesiástica presentada por la actora a la Iglesia Católica, con la finalidad de que se decretara la anulación de su anterior matrimonio, y con esto, poder contraer matrimonio con Vicente Fox. Para ilustrar lo anterior, cabe transcribir el texto contenido en la Revista que fue impugnado.

Como anécdota en Zamora, Michoacán, en una fiesta una chica muy guapa de nombre ****N5**** comentó que su novio iba a llegar a México, y yo le pregunté: ¿Quién es tu novio?, y ella me contestó que ****N3****. Curiosamente en esos momentos también era el mío’.

Continúa ****N1**** con su relato:

‘Un dato que considero fundamental es que ****N3**** y yo tuvimos relaciones sexuales antes de casarnos, y con la huella moral y religiosa en la cual yo había sido educada, el haberme entregado sexualmente para mí era un peso moral enorme, ya que era una niña bien, y me sentía, por el hecho de las relaciones sexuales, obligada a casarme...’

‘La idea del matrimonio nació sin ninguna reflexión. Se le ocurrió a ****N3**** la idea de casarnos como consecuencia de las relaciones sexuales prematrimoniales. El planteamiento fue de él y yo lo acepté. Moralmente me pesaba ese contacto físico que habíamos tenido y, de hecho, yo creía que eso debería terminar en un matrimonio; por lo tanto, lo seguía permitiendo, ya que había un atractivo físico, pero sin amor.’

‘Mi familia al recibir la noticia de matrimonio reaccionó de la siguiente manera: mi mamá, como ya dije, se opuso y estuvo a disgusto. Mi papá me dijo expresamente: ‘deberías esperarte, ni siquiera eres mayor de edad, eres muy chica, aunque no eres tonta. Lo único que tienes a tu favor es que la familia ****N3**** es buena y tiene principios’. Mi madre me dijo expresamente: ‘Por qué te vas a casar, tienes algún problema?’ ‘Me quiero casar’, le contesté: Yo ya había tenido diez relaciones sexuales con ****N3****, sin cuidarnos y sin embarazo. Ahora veo que todo fue producto de una irreflexión total, que esta relación fue puramente emocional.’

‘Llegué a plantearme renunciar al compromiso y me permití salir con otro varón. Faltando un mes para la boda, salí con otro hombre. Con respecto a la fidelidad y a la perpetuidad, estas dos realidades ni siquiera se pensaban. Más bien yo asumía el ejemplo de mis padres: así tenía que ser, era una obligación y un dogma. Llegamos a este compromiso con una economía muy débil. Mis padres fueron los que prepararon todo. Yo ni siquiera tuve anillo de compromiso.’

‘No hubo viaje de bodas, ya que estuvimos dos días en Guadalajara, uno en Guanajuato, y de ahí nos fuimos a Chilpancingo, debido a razones económicas. Recuerdo que se consumó el matrimonio, pero no tengo clara memoria de esa noche, tampoco recuerdo la luna de miel como buena, y debo decir que no hubo una buena relación sexual, ya que para ****N3**** todo se redujo a sexo. Lo anterior lo recuerdo con mucho repudio. Debo mencionar también

que ****N3**** bebía mucho y que no éramos pareja en la cama (sic); fue un viaje muy gris y no hubo algo que me hiciera vibrar de emoción. ****N3**** siempre había tenido un carácter rijoso y le gustaba el pleito. A mis 17 años eso es lo que recuerdo.’

‘No me gustó vivir en Chilpancingo, Guerrero. Yo me quedaba sola, y por ser una mujer guapa, constantemente me seguían. Vivimos en una casa modesta y sin vecinos. Yo me encontraba en el “limbo”, sola. Me encerraba o me iba al lugar de trabajo de ****N3**** y luego nos teníamos que hospedar en hoteles baratos. Allí tuve que hacer uso de parte de mis ahorros, porque ****N3**** en un pleito destruyó un parquímetro, había una multa que pagar y yo tuve que solventar esta situación.’

‘Yo trataba de ir aceptando situaciones que no me parecían normales y que no me agradaban. Por ejemplo, a ****N3**** le gustaba los domingos estar en la cama teniendo relaciones sexuales y eso no me gustaba, era una conducta de sujeción y de tener sexo y más sexo, y esto me repugnaba. Su olor no me gustaba, su sabor tampoco me gustaba, ni su textura de piel. Rechazaba también su presencia y sus actitudes, pero equivocadamente no lo hablé, lo callé, asumí una situación de facto. Por su lado, ****N3**** insistía con esto fuerte, muy fuerte.’

‘Debo contar también en conciencia que desde el inicio de este matrimonio hubo una falta de entendimiento profundo. Todo fue de dejar pasar una serie de situaciones incómodas. Aunado a esto, se presentaba continuamente el problema de la bebida alcohólica por parte de ****N3****, y una falta total y absoluta de entendimiento en la intimidad.’

‘¿Por qué digo que hubo una falta de entendimiento profundo en la intimidad? Porque el sexo que tuvimos fue muy malo, poco cálido, muy frustrante, y esto traía mucho pleitos. Yo en esta área fui muy fría con él, ya que la sexualidad era a la fuerza, no había apetito sexual, no se me antojaba como hombre. En cambio ****N3**** era fogoso y erótico.’

El fondo del asunto se centra en determinar si la información publicada por la Revista Proceso constituía un material difamatorio o injurioso para Marta Sahagún, ya que revelaba cuestiones propias de su vida sexual, cuando ella era joven, dañando de esta forma su honor o intimidad. Finalmente, se falló a favor de la Revista Proceso, preponderando el derecho a la información sobre el derecho al honor o intimidad de la actora. Estoy en desacuerdo con el fallo emitido por la Corte, pues considero que no se siguió de manera debida la metodología de la ponderación y las reglas que ellos mismos plantearon al inicio de su análisis. Estos puntos se irán detallando conforme a una serie de cuestionamientos relacionados con la metodología empleada en la sentencia.

En primer lugar, se hace un análisis detallado sobre los principales estándares internacionales y comparados de las principales resoluciones de los conflictos resueltos en base a la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, llevados a cabo tanto por la Corte Europea como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De igual forma, destacan del derecho comparado varias resoluciones del Tribunal Constitucional Español y la Corte Suprema de Estados Unidos.

Asimismo, destaca el precedente del Amparo Directo en Revisión 2044/2008, y sus reglas de ponderación entre los dos derechos en conflicto, con la finalidad de determinar la probable responsabilidad a un periodista. Para este efecto, se deben seguir seis pasos o fases en base a las reglas de la ponderación o subprincipios (relación idónea, necesaria y proporcional) De esta manera, los *parámetros* utilizados en el ejercicio de ponderación aplicados al caso en cuestión fueron los siguientes.

1. Se determinó que Martha Sahagún era una persona pública o notoriamente conocida, dado su carácter de primera dama (esposa del Presidente de la República en ese entonces), Presidenta de la Fundación “Vamos México”, Miembro del Partido Acción Nacional. Lo anterior, en relación con las distintas presentaciones en actos públicos.
2. Por este motivo, se pasa a la siguiente fase, consistente en que el derecho al honor o reputación de Martha Sahagún, sería menos extensa de lo normal, ya que ella se colocó voluntariamente por su posición al escrutinio público. Hasta ese punto, mi opinión es favorable con el método empleado.
3. Una vez que se determinó que Martha Sahagún era una persona pública o notoriamente conocida, se procedió a tratar de encuadrar el contenido de la información publicado en la Revista. Me parece que es aquí donde reside el planteamiento más defectuoso de la sentencia, ya que no se examina con detenimiento por qué el contenido de la publicación pudo haber sido considerado de interés público, es decir, no se especifica de manera clara y precisa, si el hecho de que la información haya aparecido previamente en el libro titulado “La Jefa” constituía una información de interés público o no. Al respecto comentaré algunos aspectos a detalle, antes de eso, analizaré un punto que me parece clave en la supuesta ponderación llevada a cabo por la Suprema Corte de Justicia.

Considero que no podemos ponderar dos bienes o valores constitucionales (pesos) si no sabemos claramente lo que estamos ponderando. No sabemos si se trata de información pública, pero tampoco se determina de manera clara si la información constituía un “reportaje de tipo neutral”, ya que en la resolución se califica la información sin ninguna reflexión ni detenimiento. Al respecto, en el proyecto aprobado destaca la posición de Martha Sahagún como personaje de interés público y su ámbito limitado o restringido de su derecho a la intimidad. “La editora que publicó el artículo en cuestión no efectuó una intromisión ilegítima en la intimidad de la quejosa, aun cuando se trate de hechos tan personales y controvertidos, cuya revelación genere incomodidad o molestia.”

Más aún, creo que la interpretación de comentarios hirientes o molestos, o juicios de valor formalmente injuriosos que realiza la doctrina jurisprudencial comparada e internacional están mal aplicadas al presente caso.⁹⁰ En primer lugar, porque no se dice que clase de información estamos tratando; en segundo lugar, porque trata de encuadrar los hechos como “juicios de valor formalmente injuriosos” dirigidos a un servidor público, persona pública o persona de notoriedad pública.⁹¹ Desde nuestra perspectiva, la teoría de los comentarios hirientes o molestos no aplica al presente contexto. Reitero, hubiera sido trascendental para el resultado de este fallo que la Corte se hubiere pronunciado sobre este respecto. Cosa que lamentablemente no hizo.

No obstante [...] aún ante la falta de consentimiento por parte de la quejosa, para que esa información en concreto fuera divulgada en un medio impreso, como la Revista Proceso, la sentencia reclamada no es ilegal [...] la editora que publicó el artículo en cuestión no efectuó una intromisión ilegítima en la intimidad de la quejosa, aun cuando se trate de hechos tan personales y controvertidos, cuya revelación genere incomodidad o molestia.

Finalmente, el último paso a seguir en el método de “ponderación” seguido en la sentencia era la “proporcionalidad en sentido estricto”, cosa que no advertí en ninguna parte de la sentencia, concluyéndose defectuosamente que:

El control ciudadano de la actividad de personas que ocupan o han ocupado en el pasado cargos públicos fomenta la transparencia de las actividades esta-

⁹⁰ El Tribunal Constitucional Español ha puesto de manifiesto la diferencia entre libertad de expresión y el insulto, señalando 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”. STC 105/1990.

⁹¹ Respecto a la *colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y el derecho a la intimidad o el honor*, el Tribunal Constitucional Ibérico ha establecido que el derecho a la libertad de expresión goza de una *posición preferente* y 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. Sentencias. STC 106/1986, 107/1988 y 159/1986. Vid. CARRILLO, Marc, “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, No. 10, CEPC, Madrid, 1996, pp. 91-116; PANTALEÓN, Fernando, “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, *op. cit.*, pp. 209-218.

tales [...] lo cual necesariamente hace que exista un margen mayor para difundir afirmaciones y apreciaciones consustanciales al discurrir del debate político o sobre asuntos públicos. Sin que pueda soslayarse, además, que la posición de la quejosa, le confería la posibilidad de contrarrestar las opiniones, críticas o juicios de valor que, en determinado momento, se divulguen en los medios de comunicación social.

Desde mi perspectiva, lo anterior resulta bastante criticable, ya que resulta que bajo esta posición un afectado (del derecho al honor o intimidad) tendrá ahora la obligación de replicar, sin haber dado pie a ello, los argumentos de un juicio de valor formalmente injurioso. Me pregunto, ¿no significará entonces dar pie a que sigan hablando de la vida privada cuando no se da pie a ello para iniciarlo? Dicho en palabras del Profesor Juan Antonio García Amado: ¿algún grado de ilicitud en la obtención de información puede afectar a la legitimidad del ejercicio del derecho, o son cuestiones plenamente independientes?⁹²

De igual forma, en la sentencia no quedó claramente definida la magnitud o intensidad de la afectación del derecho al honor de Marta Sahagún que resultaba afectado, conforme al parámetro de intensidad leve, medio o grave que la misma teoría de la ponderación exige que se realice. Ahora bien, la intensidad de dicha protección dependerá directamente del contexto especial de cada caso al momento de aplicar el principio de proporcionalidad, ya que no sería lo mismo resolver un asunto sobre la violación al derecho a la libertad de expresión de una persona que no se encuentra en constante escrutinio de la opinión pública y otra que si lo está, como pudiera ser el caso de algún político o personaje del medio del espectáculo. A pesar de lo anterior, (y es donde reside la clave del caso) la actora (Martha Sahagún) se encontraba en la esfera límite de protección, sin embargo, las cuestiones relacionadas con su vida íntima (aspectos sexuales) no habían sido ventilados a la luz pública, cuestión por la cual considero que la hipótesis sobre el grado de protección mínimo recibido por la justicia mexicana, debía ser menor al derecho a la información de la Revista Proceso.

Otra cuestión de suma trascendencia al emitir la resolución final fue el carácter que tenía la información difundida. Esto se vuelve una cuestión bastante compleja, pues se encontraba a debate si la información relatada en la sentencia se constituía como pública o no. Conforme a los parámetros establecidos en la sentencia, se trata de información de interés del público, ya que dicha información (transcripción de la Sentencia Eclesiástica) había

⁹² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares", en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

sido difundida previamente en una publicación (Libro “La Jefa”, cuya autoría es de Olga Wornat). Al respecto, creo que materialmente los datos proporcionados en la publicación en nada ayudan a fomentar el debate público ni a la formación de una opinión que ayude al fortalecimiento de nuestra sociedad democrática. Creo que el principal motivo por el cual los ministros no se pronunciaron acerca del carácter de la información como interés público, fue porque pensaron que al constituir un mero “reportaje de tipo neutral” no requería de algún pronunciamiento al respecto.

A pesar de esto, creo que aún sigue siendo incompleto dicho calificativo, ya que establecer que es un “reportaje neutral”, implica *per se*, que la información puede ser difundida al público, sin importar su contenido. Esto constituye un círculo vicioso por lo siguiente. ¿Por qué se prepondera el derecho a la información sobre el derecho al honor de Marta Sahagún? La respuesta es circular: porque es un reportaje neutral, ¿y por qué es un reportaje neutral? Otra vez: porque satisface los requisitos de veracidad y relevancia pública ¿y por qué satisface dichos requisitos de veracidad y relevancia pública? Porque se limita a transmitir el contenido de la información de un artículo de un tercero. Y, ¿por qué es información de un tercero? Porque se ha convertido en información pública. Pero eso no lo explicita la sentencia, ni lo advierte en ninguna parte, creo que el lesionar el derecho al honor constituye en igual medida, un agravio a las libertades concedidas en una sociedad democrática.

Aunado a ello, bajo el estándar que ya hemos establecido, la publicación por parte de la editora demandada, constituye un “reportaje neutral”, que satisface los requisitos de veracidad y relevancia pública, pues, *se limitó a difundir dicho artículo de la autoría de un tercero*, lo que no está en duda, y su relevancia ya ha sido demostrada; siendo destacable a este juicio, que lo que se demanda a la editorial, por la quejosa, como lesión en su intimidad, es la parte del referido artículo, en cuanto transcribe su demanda de nulidad religiosa; hecho que, lejos de ser cuestionado en este juicio de amparo ni el juicio civil, se reconoce por la quejosa, lo que, como hemos señalado, constituye realmente un presupuesto de la lesión al derecho a la intimidad, pues es la revelación de esos hechos o datos los que se consideran una intromisión en aquélla.

Según la regla establecida en la misma sentencia establece: *el “reportaje neutral” debe satisfacer dos requisitos: el de veracidad, entendido como la certeza de que la declaración corresponde a un tercero; y el de relevancia pública de lo informado*. Al respecto, creo que el segundo requisito de relevancia pública no se encuentra satisfecho, ya que si la Corte hubiera cumplido con el requisito de relevancia pública en relación con el reportaje neutral, hubiera tenido que explicar el motivo por el cual el contenido material de la información difundido en la Revista era de *interés público* y no de *interés del público*. Reitero, esa cuestión de fondo, la evaden a través del calificativo de “reportaje neutro”, pero sin satisfacer el requisito de

demostrar la relevancia pública de lo informado. Tampoco no se examina si la Revista tenía la intención maliciosa de perjudicar a la afectada (test de malicia). Y lo que es peor, no se toma en cuenta el contexto fáctico en el cual ocurre el caso en particular, es decir, no se toma en cuenta si la afectada dio pie a que hablaran de su intimidad, ni del aspecto sexual de su vida.

En síntesis, no coincido con los planteamientos asentados por los ministros en la sentencia aludida, ya que evaden pronunciarse sobre los motivos por los cuales consideran que el “reportaje neutral” satisface la característica de “relevancia pública”. Aspecto que está ligado íntimamente al proceso de ponderación que se lleva a cabo en la misma sentencia, ya que calificar de interés público o interés del público o morboso al contenido informativo, reduciría el peso en la ponderación del derecho a la información frente al derecho al honor e intimidad.

Reitero, es necesario analizar estrictamente las circunstancias fácticas que concurren en el asunto en particular. Es decir, no basta que una persona sea ubicada en el plano de persona “pública” o de “relevancia pública” para admitir de inicio, que en su caso, su derecho al honor o intimidad estará por debajo del derecho a la información de cualquier periodista que desee hacer público información sobre su vida sexual. Hacer lo anterior, significaría prejuzgar sobre la cuestión de fondo que se pretende ponderar. Al respecto, considero que se confunde la metodología implementada en casos análogos cuando se trata de “juicios de valor formalmente injuriosos” dirigidos a los servidores públicos, ya que el contexto fáctico de estos asuntos, considero que es más grave, es decir, cuando se trata de proteger a periodistas que tratan de difundir información de interés público, que ayuda de alguna forma, a formar una opinión pública en el contexto de una sociedad democrática y no satisfacer el interés morboso de un grupo de personas.

En este sentido, creo que el peso que arroja el derecho a la intimidad y privacidad de la actora es mayor que el derecho a la información de la periodista y de la Revista Proceso. De igual manera, hizo falta analizar en que medida se afectaba el derecho a la información del periodista y de la Revista, ante la afectación que se realizaba a la actora con dicha publicación. Es decir, una vez que se clasificara dicha información como “no relevante” para el “interés público”, y que ayudará a formar una “opinión pública”, se podía determinar claramente el peso que tiene el derecho a la información es bastante leve.

Ante esta situación, se encuentra el derecho al honor que resultaba con una afectación de carácter grave, pues las consecuencias de dicha publicación en dicha Revista, pudieron u ocasionaron en la afectada daños psicológicos al ventilar su vida sexual frente a terceras personas. Sobre este punto, creo que era necesario ahondar más en el impacto que

pudo tener dicha publicación en los círculos de opinión. Ahora bien, si por motivos de índole procesal, es decir, relacionados con el planteamiento y estudio de los agravios de manera estricta, al tratarse de un amparo en revisión no se entró a estudiar dichos aspectos, entonces, no veo porque la Corte atrajo el asunto si se iba a dedicar a analizar la mera legalidad de la sentencia, dejando de lado su papel de verdadero y auténtico Tribunal Constitucional que presume ser.

VI. LOS RETENES COMO ACTOS DE MOLESTIA Y EL USO DEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

Es bien conocido el término de *Estado de excepción*, acuñado por el jurista alemán Carl Schmitt, quien afirmaba a este respecto que el soberano era aquel que decidía acerca de la excepción, a partir del decisionismo político fundamental y su concepción dialógica amigo-enemigo.⁹³ En este sentido, su teoría constitucional la elaboró a partir de estos conceptos fundamentales, afirmando que el soberano era el único que podía decretar dicho Estado de excepción.⁹⁴ En la actualidad, los debates sobre una posible suspensión de garantías en el Estado Constitucional mexicano son cada vez más frecuentes. El aumento progresivo en contra de los fenómenos delincuenciales más graves, como el crimen organizado, se han vuelto un motivo muy tentador para decretar una posible suspensión de garantías a los derechos. Sin embargo, dicha posibilidad ha quedado únicamente en el tintero legislativo y doctrinal,⁹⁵ sin lograr verdaderos consensos entre los poderes ejecutivo y legislativo.

Conforme al derecho internacional, 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 más o menos lo siguiente. 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 de raza, sexo, idioma, religión u origen social.

En este sentido, una de las principales medidas en las restricciones o suspensiones impuestas es estrictamente limitarlas a la exigencia de la situación, cuyo fundamento es el principio de proporcionalidad, el cual

⁹³ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 2006, p. 27.

⁹⁴ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2007, p. 38.

⁹⁵ Sobre esta temática, puede consultarse el interesante artículo del maestro Héctor Fix-Zamudio: "Estados de excepción y la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 37, No. 111, México, UNAM-III, sep/dic. 2004, pp. 801-860.

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.⁹⁶

El uso de la fuerza pública en nuestro país debe ser actualmente uno de los principales temas en la Agenda Política Nacional. Sin embargo, este ejercicio dista mucho de la realidad, ya que no existe una normatividad clara y precisa sobre la implementación del uso de la fuerza pública, ya sea civil o militar. De manera que ni en la legislación federal o local existe una noción clara lo que es la *fuerza pública*, así como su funcionamiento y aplicación; tampoco precisa qué órganos o poderes deben autorizarla, ni bajo qué principios y circunstancias.

En este apartado nos dedicaremos a analizar el uso debido de la fuerza pública en los puestos de revisión o retenes, a partir de dos ejemplos muy ilustrativos, un Amparo en Revisión que impugnaba la constitucionalidad de los retenes o puestos de revisión en México y un precedente en los Estados Unidos de Norteamérica, relativo a la detención y revisión de vehículos automotores realizada por las autoridades de aquel país.

1. EL ESTUDIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS RETENES CON-FORME AL AMPARO EN REVISIÓN Y VOTOS PARTICULARES DE LOS MINISTROS JOSÉ RAMÓN COSSÍO Y GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL
(AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 498/2006)

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 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

⁹⁶ DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-IIIJ, 1999, pp. 38 y ss.

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 “in-atendible”. 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 captos 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.⁹⁷ Por lo que si el Tribunal Colegiado ante el cual interpuso por primera vez su amparo el quejoso no entró al análisis constitucional de la detención y la consiguiente obtención de pruebas inculpativas, la SCJN tampoco podía hacerlo, porque la Ley lo establecía de ese modo.

Esto, de alguna forma resulta ser un mero argumento de autoridad, ya que según la Suprema Corte, la decisión sobre la posible obtención de pruebas ilegales no afectaban aspectos esenciales de la vida pública, además, por el simple hecho de que el Tribunal Colegiado haya omitido el análisis de constitucionalidad, sino que existía un impedimento para el estudio

⁹⁷ Amparo Directo en Revisión 498/2006, Considerando Cuarto de la Sentencia, p. 11.

del mismo asunto, de serlo así, el Poder Judicial Federal “burlaría el propósito del Constituyente Permanente y del legislador”.

No coincidimos con los argumentos expuestos en la resolución, pues restringen el derecho de acceso a la justicia del quejoso, a tal grado de volver nugatorio su derecho fundamental sobre la revisión constitucional de su detención. Pensamos que se debió haber aplicado el principio *pro homine*, con la finalidad de maximizar los derechos fundamentales del inculpado, y de esta forma, entrar al estudio de fondo de la cuestión planteada, en lugar de justificar a lo largo de más de 40 páginas de transcripción legislativa una causal que impedía entrar al análisis de un tema, que desde nuestra perspectiva, sí es de gran trascendencia para la vida política y social del país.

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.⁹⁸ Esto encuentra fundamento en el mismo concepto de libertad positiva y negativa. 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.

Después de esta exposición, el voto particular del ministro Cossío, propone el análisis de los retenes conforme a un estudio a partir de los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional, al tratarse de un acto de molestia. Con excepción del argumento de la no violación a la libertad de tránsito, la propuesta nos parece adecuada, ya que ésta plantea el equilibrio del ejercicio de la seguridad pública y el respeto a los dere-

⁹⁸ Tampoco fue reconocido en la Tesis: VEHÍCULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTICULOS 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 TRÁNSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRÁNSITO. Tesis: P. V/96, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Febrero de 1996, p. 173.

chos fundamentales consagrado en la acción de inconstitucionalidad 1/1996. De igual manera, nos parece adecuado el modelo argumentativo propuesto para medir el grado de afectación a los derechos fundamentales, de acuerdo al principio de proporcionalidad.

El análisis de la proporcionalidad de las medidas ordenadas no es parte del contenido garantizado propiamente por la garantía de legalidad, pero será imprescindible para determinar si la molestia que se genera a los ciudadanos con la instalación de un puesto de revisión, constituye una medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresado en la motivación del acto. El Estado no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcionado, a costa de una afectación innecesaria de los derechos fundamentales. La autoridad que deba examinar la legalidad y constitucionalidad del acto deberá por tanto tener los elementos necesarios para determinar, por ejemplo, si el lugar en el que se instaló el retén se encuentra razonablemente determinado o si por el contrario la actuación de la autoridad administrativa estaba diseñada para afectar en realidad a una persona determinada, o si las autoridades públicas partieron de algún hecho objetivo que descarte evite calificar de arbitraria la actuación de la autoridad. La motivación del acto debe proporcionarle todos los elementos que necesita para hacer este tipo de comprobaciones.

...

Como conclusión de lo expuesto en los apartados precedentes era posible afirmar que los llamados retenes constituyen actos de molestia al gobernado en su persona y posesiones, que sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho para proteger un determinado bien jurídico, por lo que en términos de lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, estarán legitimados en la medida que cumplan con los requisitos que dicho precepto exige para ese tipo de actuación de la autoridad administrativa en función de la protección de la garantías de legalidad y seguridad jurídicas.

Sobre el tema de las pruebas obtenidas de manera ilegal, pensamos que debió abordarse, toda vez que argumentar que “a ningún fin práctico conduciría” al analizar la ilegalidad de una detención con los posteriores efectos del mismo, conduce a propiciar la ilegalidad de las actuaciones de los mismos servidores públicos, ya sean militares o policía civil. Para estos efectos, creemos que en los retenes militares deben seguirse las reglas contenidas en los actos de molestia. En este sentido, resulta muy ilustrativa la rica doctrina jurisprudencial comparada de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica que ha tenido un desarrollo muy prolijo al respecto, no solamente en lo que respecta a la revisión de vehículos automotores, sino a la obtención de pruebas ilegales y sus excepciones para poder ser admitidas. A continuación, revisaremos el primer aspecto comentado con la siguiente sentencia.

2. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL CASO ARIZONA VS. GANT
ACERCA DE LA DETENCIÓN EN VEHÍCULOS AUTOMOTORES
[ARIZONA VS. GANT, 556 U.S. (2009)] ARIZONA VS. GANT

El Caso de Arizona vs. Gant fue dictado el 21 de abril de 2009. El 25 de Agosto de 1999, durante una denuncia anónima de que en el 2524 de la avenida North Walnut se vendía droga, los oficiales de policía de Tucson Griffith and Reed tocaron a la puerta de enfrente y pidieron hablar con el dueño. Gant respondió a la puerta y, después de identificarse, declaró que el propietario llegaría más tarde. Los oficiales dejaron la residencia y llevaron a cabo un registro de verificación, el cual reveló que la licencia de Gant había sido suspendida y que había una orden de arresto pendiente por este hecho. Motivo por el cual Gant fue detenido por la policía de Tucson, Arizona.

Sin embargo, después de ser esposado y puesto en el asiento trasero de la patrulla, los oficiales de policía realizaron una búsqueda en la parte posterior del vehículo del detenido, encontrando un arma y otro oficial descubrió una bolsa de cocaína en el bolsillo de una chaqueta que se encontraba en el asiento trasero.

El caso llegó ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, debido a que el apelante consideraba que se habían violado sus derechos contenidos en la cuarta enmienda, relativos a los requisitos de los actos de molestia. La Corte otorgó la razón al demandante, rompiendo un importante precedente que se tenía en este tipo de asuntos (*New York v. Belton*), el cual sostenía que la policía se encontraba facultada para buscar en el interior del vehículo en cualquiera de los compartimientos, siempre y cuando existiera un incidente de búsqueda propiciado por la misma detención, en aras de preservar la seguridad de los oficiales o el interés en la preservación de pruebas. De no satisfacer los requisitos anteriores, la búsqueda resultaría irrazonable así como las pruebas obtenidas a raíz de la misma.

En este sentido, la Corte determinó que las búsquedas sin garantía resultaban por sí mismas irrazonables, salvo contadas excepciones como aquella en cuyo arresto puede poseer un arma el detenido o destruirse evidencia. Este último hecho era en el cual se apoyaba el anterior precedente (*New York vs. Belton*), ya que dichos objetos se encontraban en un lugar donde el detenido podía alcanzarlos, y por consiguiente, deshacerse de ellos. Por lo que toda búsqueda exigía una causa razonable tendiente a encontrar posible evidencia al crimen por el cual se arresta. De acuerdo a los hechos del caso, el detenido no pudo haber tenido acceso al automóvil al momento de la búsqueda, además, Gant y sus dos amigos, fueron asegurados por cinco oficiales de policía, situación por la cual la búsqueda realizada resultaba irrazonable.

3. LOS ACTOS DE MOLESTIA Y EL USO DEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA EN MÉXICO

El respeto a los derechos fundamentales constituye uno de los principios liberales que cualquier Estado que presume ser democrático debe acatar. De esta forma, el ejercicio de la actividad administrativa resulta ser la primera manifestación de poder que surge del Estado ante el individuo y donde suceden la mayor parte de las actividades estatales relativas a la restricción de derechos fundamentales. Así, el ejercicio legítimo del uso de la fuerza pública, es uno de los elementos inescindibles del Estado para su misma supervivencia.

Es decir, la seguridad pública como una institución en el cumplimiento de sus fines, debe encontrarse encaminada a respetar el contenido material de la Constitución, normalmente representado bajo la fórmula de Derechos Fundamentales y el respeto a la división de poderes.

El uso de la fuerza pública en nuestro país debe ser actualmente uno de los principales temas en la Agenda Política Nacional. Sin embargo, este ejercicio dista mucho de la realidad, ya que no existe una normatividad clara y precisa sobre la implementación del uso de la fuerza pública, ya sea civil o militar. De tal manera, que ni en la legislación federal o local existe una noción clara lo que es la fuerza pública, así como su funcionamiento y aplicación; tampoco delega claramente que órganos o poderes deben autorizarla, bajo que principios y circunstancias. Por tanto, es urgente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación precise cuales son los límites a la actuación de las autoridades, cuando se trate de retenes, ya sean de la policía civil o de autoridades militares.

El principio de proporcionalidad representa en la actualidad uno de los instrumentos más efectivos para la limitación o restricción de los derechos fundamentales, el cual debería ser empleado al momento de resolver casos relacionados con el tema de los retenes militares. Este principio funciona a partir de la aplicación de tres subprincipios fundamentales. El subprincipio de idoneidad o adecuación. Implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, en la aplicación de medidas para la restricción de los derechos fundamentales debe estar presente en todo momento, el principio *pro homine* o *pro persona*, es decir, la aplicación de los medios más benignos posibles, para la consecución de fines.

Una de las principales finalidades de la normatividad nacional y local en materia de seguridad pública, es la preservación del orden interno y de la seguridad pública. En este sentido, la armonización de estos órdenes internos debe ser compatible no solamente con los principios constitucionales de orden interno, sino responder de igual forma, a las exigencias de orden internacional que abordan problemas similares al respecto.

Ahora bien, la adecuación de las medidas necesarias para la implementación de esos fines de seguridad tanto nacional como local, deben de tener por objeto la aplicación de medidas que restrinjan en menor grado, los derechos fundamentales que pretenden proteger, buscando siempre en la mayor medida de lo posible, la elección de los medios alternos que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad implica la medición de las magnitudes de la intervención a los derechos fundamentales en conflicto o colisión. Es decir, implica 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.

Ejemplo claro de lo anterior, lo constituyen la persecución e investigación de los delitos, que deben en todo momento medir la posible afectación a los derechos fundamentales que se pretenden restringir o limitar con la aplicación de determinada política pública criminal. Resulta de igual forma trascendental la elaboración de manuales y documentos técnicos para el uso legítimo de la fuerza pública, así como a los actores encargados de cumplir el orden, dado que sin ello, resultaría imposible medir las posibles afectaciones a los derechos humanos implicados en las políticas públicas de combate a la delincuencia.

Resulta urgente establecer criterios claros para el uso de la fuerza civil y militar. Particularmente pugnamos por la consagración, ya sea constitucional o federal, sobre su distinción, así como el establecimiento de condiciones particulares a partir de los cuales la autoridad militar puede intervenir en el restablecimiento del orden público. En el entendido de que la actuación de la autoridad militar se encuentra legitimada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta debe encontrarse entonces siempre apegada al marco coordinado de seguridad pública entre la federación y los estados.

SÍNTESIS DEL CAPÍTULO III

El objeto de este capítulo ha sido mostrar algunos de los obstáculos y retrocesos que ha tenido el modelo hermenéutico-argumentativo que aplica nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación al momento de resolver casos difíciles relacionados con la limitación o conflictos de derechos fundamentales. Fueron seis apartados, relativos a temas que tienen gran trascendencia para la vida política y social del país, como tutela de justicia efectiva, aborto, genocidio, fuero militar, límites a la libertad de expresión y derecho al honor, así como los retenes y el uso de la fuerza pública.

No ha sido nuestra intención situarnos en alguna postura en concreto en relación con alguna de las temáticas descritas previamente, sino que hemos pretendido brindar al lector un mejor panorama acerca del método

a partir del cual los jueces justifican sus decisiones. Cabe aclarar que en muchos de los casos, el planteamiento de fondo no ha sido resuelto aún, ya que por medio de la declaración de inadmisibilidad de muchas de las demandas interpuestas, se ha negado el acceso a la justicia a muchas de las víctimas, situación que ha sido descrita por organismos internacionales, entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como violatoria al derecho a una tutela de justicia efectiva.

Bajo este contexto ha sido analizado el Caso Castañeda, el cual constituyó la primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por no haber proporcionado un recurso sencillo, efectivo e idóneo para impugnar la inconstitucionalidad de una norma de la ley electoral, que le impedía ser candidato a Presidente de la República al actor. Situación que fue modificada a raíz de la reforma constitucional en materia electoral en 2008. En ese sentido, pudimos advertir que, cuando el Poder Judicial Federal, en su calidad de Tribunal Constitucional no actúa como debiera hacer, asumiendo un papel de mero revisor de legalidad o de reproductor de las causales de inadmisibilidad o desechamiento de las solicitudes de fondo ante él planteadas, ocasiona un grave deterioro a la credibilidad de estas instituciones y convirtiendo en retórica los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución.

La despenalización del aborto ha sido una de las temáticas que más expectativas ha levantado en los últimos años en el país. Sin embargo, creemos que la resolución que declaraba la constitucionalidad del aborto, no se encontró lo suficientemente justificada, ya que se rompe con un importante precedente judicial dictado en el año 2000 sobre la protección de la vida del producto de la concepción. Además, se evade el análisis de la posible colisión de los derechos sexuales y reproductivos de la madre ante el derecho a la vida del feto. Lo anterior, se afirma no sólo por la decisión final de la Corte, sino por la defectuosa metodología empleada en el proyecto, aprobado incluso por una mayoría dividida y disconforme con la manera en que debían analizarse los temas centrales de la controversia. Esto, desde nuestra perspectiva, ocasionará serios conflictos en las próximas decisiones que tocará resolver a la misma Corte, en las llamadas “Leyes Antiaborto”, dictadas en varios Estados de la República, pues este último criterio comentado, no permitió crear bloques de constitucionalidad sobre el óptimo balanceo de los derechos de la mujer y los del producto de la concepción.

En lo que concierne al tema del caso de “El Halconazo”, diferimos del esquema utilizado para resolver el fondo del asunto. Pensamos que el criterio de la seguridad jurídica, y principalmente el principio de no retroactividad, en perjuicio del inculpado, debió ceder ante los derechos de las víctimas que han perseguido justicia por largos años. Para justificar dicho aserto, realizamos un análisis comparado de la sentencia dictada por el

Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contra de los centinelas del Muro de Berlín, a partir de la fórmula de Radbruch y el derecho injusto, aplicable en ese entonces por la Alemania Oriental. En ese sentido, creemos que el principio de justicia material contenido en los delitos de lesa humanidad, y los mismos Tratados, así como todo el derecho y costumbre internacional que en dicha materia apoyaban dicho aserto, razón por la cual pensamos que debió haberse realizado una ponderación de ambos principios, con la finalidad de medir la magnitud de la afectación en cada caso.

El análisis del principio de igualdad y no discriminación, a la luz del fuero militar ha sido suficientemente discutido a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, existen cuatro sentencias condenatorias que han solicitado al Estado Mexicano definir los límites y alcances del mismo, con la finalidad de que los militares que violen derechos fundamentales no sean juzgados por la jurisdicción militar. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha respondido a dichos reclamos, declarando apenas en agosto de 2012, la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, así como la incompatibilidad del mismo, en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Federal en julio de 2011, superando por consiguiente, la visión formalista y rígida de los derechos y principios constitucionales en colisión.

Quizá donde haya mayor desarrollo jurisprudencial, es en el tema de la libertad de expresión y las vertientes a partir de las cuales este derecho fundamental adquiere fuerza, así como sus criterios a partir de los cuales encuentra justificaciones razonables. A pesar de ello, existen muchos clarosos también en estos tópicos, ya que en la resolución analizada penaliza la libertad de expresión, la Corte dio atrás con precedentes que había consagrado previamente, ya que sin razones constitucionales justificables, permitió que a una persona se le siguiera un proceso penal por haber escrito un poema que profanaba la bandera nacional.

Asimismo, en materia de solución a los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor e intimidad, disentimos del método de ponderación realizado por la Suprema Corte en el caso presentado (Martha Sahagún), ya que no dejó muy en claro, cuáles eran los dos bienes o principios constitucionales que se encontraban en conflicto. Además, no existió una medición en la magnitud en la afectación del derecho al honor de la afectada, a partir de los criterios unánimemente aceptados por la teoría y doctrina jurisprudencial comparada que ellos mismos citan en la misma resolución aprobada.

Finalmente, el tema de los retenes así como sus reglas para que éstos adquieran una legitimación constitucional. En este sentido, creemos que es urgente y necesaria una revisión integral de los aspectos tanto judicial como legislativo sobre el uso de la fuerza pública y las reglas acerca del

procedimiento a seguir para la revisión de vehículos automotores, ya que el problema de fondo en el caso del Poder Judicial, se ha centrado en evadir bajo argumentos legalistas, en principio, porque que no se trata de una violación a la libertad de tránsito, pues este derecho no comprende el desplazamiento a través de vehículos, sino únicamente al individuo, situación que está fuera de toda lógica y sentido común. Aunado a ese precedente, la Corte ha evadido su responsabilidad, declarando improcedente el amparo presentado por el quejoso, ya que no sería un tema de trascendencia y relevancia (aunado al hecho de que se trataba de un recurso de revisión y no había existido un pronunciamiento previo por el Tribunal Colegiado), otro aspecto más formalista del proceso, que solamente deja en el salón de espera a los problemas que la sociedad ansía ver resueltos y por supuesto, más de nuestra Suprema Corte, en su calidad de Tribunal Constitucional que presume ser casi a diario.

Reiteramos, no ha sido nuestro objetivo, pronunciarlos sobre determinados asuntos claves en los precedentes relatados (aunque en algunos de ellos no coincidamos con el fondo o la decisión final tomada por la Suprema Corte); sino que más bien, tiene relación con el modelo o esquema de argumentación de derechos fundamentales que realiza, y la justificación que se obtiene de los razonamientos empleados con ese método. Las principales debilidades de los proyectos siguen residiendo en el inexplicable respeto que guarda siempre la Suprema Corte ante el Poder Legislativo, temerosa de no generar tensión (que si bien es propia de una jurisdicción constitucional), acabando por ser una mera expresión de la boca del legislador, deslegitimando su labor de Tribunal Constitucional y la gran labor realizada previamente, en algunos precedentes (algunos de ellos relatados en el capítulo previo) donde se muestra una extraordinaria labor argumentativa en base al reconocimiento y concretización de esos valores y principios. Mostrando en algunas ocasiones un temor infundado en la elaboración de ponderaciones, siguiendo un poco la idea de que la coherencia del texto fundamental llegue a perderse. Signos claros de un agotamiento de un modelo: el de las garantías individuales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: en México, el modelo actual de derechos humanos estuvo influenciado primeramente por la Constitución Gaditana de 1812, la cual a su vez influyó en la incorporación difusa de los derechos del hombre en el texto de 1824. Los primeros documentos constitucionales mexicanos anteriores a la Constitución de 1857 (1812 y 1824) se dedicaron a establecer la organización del poder político, y en menor grado, a consagrar la existencia de instrumentos judiciales para hacer efectivos los derechos humanos. Posteriormente, en 1857 se incorporó de manera autónoma la primera Declaración de Derechos, inspirada por un modelo iusnaturalista de derechos humanos, principalmente del constitucionalismo americano y el modelo inglés.

SEGUNDA: los derechos fundamentales no deben ser confundidos con sus respectivas garantías. Una garantía significa: el medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho. La Constitución de 1917 es donde aparece por primera vez la concepción de Garantías Individuales, en sustitución del concepto de derechos humanos. El Constituyente de 1917 incurrió en una imprecisión terminológica y fundamentó de manera ambigua el título I de nuestra Ley Suprema, al establecer el término “garantías individuales” en nuestra Constitución.

TERCERA: el agotamiento del modelo de las garantías individuales en su aspecto sustancial, es un fenómeno muy complejo que involucra un sinnúmero de factores, entre los que destacan: la concepción reduccionista y formalista de los derechos humanos, la separación radical, así como la negación de una posible conexión entre el derecho y la moral. Asimismo, está ausente un modelo o esquema argumentativo claro para la resolución de los casos difíciles, ya que se alega la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico y constitucional, negando en consecuencia la existencia de una posible colisión entre principios o valores constitucionales, lo cual implica evadir la valoración de los aspectos ético-políticos de los problemas constitucionales sometidos.

CUARTA: considero que es necesaria la creación de una teoría de los derechos fundamentales en el Estado constitucional mexicano, debido a

que ésta es necesaria para el juez constitucional al momento de llevar a cabo su labor interpretativa y argumentativa. El intérprete de los derechos fundamentales hará uso de una o varias teorías de derechos, de acuerdo al contexto y la situación particular que se le presente.

QUINTA: la jurisdicción constitucional de la libertad en nuestro país ha sido escasamente desarrollada a partir del único instrumento para la defensa de los derechos fundamentales denominado juicio de amparo. Dicho instrumento no cumple con las características y requisitos esenciales como una tramitación sencilla y expeditiva, prevaleciendo en lugar de esto, un excesivo tecnicismo, causando que en la actualidad el amparo constituya uno de los remedios procesales más complejos de la jurisdicción mexicana. Aunado a ello, existe un grave problema para diferenciar la legalidad de la constitucionalidad, debilitando de esta forma, el federalismo judicial mexicano.

SEXTA: no es suficiente la formulación de un modelo lógico-formal para la correcta argumentación judicial, sino que es indispensable la incorporación de un modelo más flexible y amplio. La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta dentro del proceso de interpretación de normas constitucionales, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, proponemos una hermenéutica jurídica, inserta dentro del paradigma neoconstitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

SÉPTIMA: resulta bastante atractiva la propuesta de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. Coincidimos en la necesaria distinción entre las reglas, los valores y los principios en el marco de la interpretación constitucional, con la finalidad de resolver colisiones o conflictos entre principios constitucionales. De igual forma, resulta indispensable la conceptualización de los derechos fundamentales como principios, lo cual ayuda a la fácil esquematización y la correcta solución de casos a partir de la técnica del juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, respectivamente, teniendo presente que cada una de estas técnicas ayudarán a la maximización u optimización de los derechos fundamentales.

OCTAVA: el enfoque empleado para analizar las sentencias relatadas en este capítulo se basa en la perspectiva de la doctrina de los precedentes constitucionales. Existe una crítica muy aguda contra la formación de jurisprudencia en nuestro país, basada principalmente en una mera codificación de las sentencias, en lugar de la difusión del contexto a partir del cual tuvieron origen. Por este motivo, coincidimos con la opinión sostenida por algunos autores, acerca del posible tránsito hacia una verdadera doctrina jurisprudencial, que tome en cuenta el contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles.

NOVENA: en la mayor parte de los precedentes analizados, ha sido la primera vez que la Suprema Corte se pronuncia sobre la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, criterios sobre los alcances y límites al principio de igualdad, y el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la limitación o restricción de los derechos fundamentales. En este sentido, las sentencias apuntadas, constituyeron criterios fundacionales o fundadoras de una línea hermenéutica evolutiva liberal de la Corte, y que han tenido una enorme repercusión en el ámbito económico, político y/o social de nuestro país.

DÉCIMA: de igual manera, la finalidad de presentar un análisis de esta envergadura, ha sido ampliar el abanico de la interpretación constitucional a partir de principios que la misma Suprema Corte ha realizado, especialmente en esta última década, en su calidad de Tribunal Constitucional. Más allá del análisis aislado de las sentencias comparadas de otros Tribunales Constitucionales en el mundo como el español y el alemán, nuestro objetivo fue demostrar que la línea de interpretación y argumentación constitucional ha tomado un camino bastante alentador y favorable para la teoría constitucional, propiciando un notable cambio de paradigma hacia un verdadero Estado Constitucional.

DÉCIMO PRIMERA: es notable el progreso que ha tenido la aplicación del principio de proporcionalidad, a partir de la estructura argumentativa de las sentencias de nuestro más alto Tribunal, e incluso, mediante su reconocimiento y obligatoriedad en la jurisprudencia creada por este órgano, en el caso de los militares con VIH, separados de las fuerzas armadas por causa de inutilidad. Esto ha permitido una nueva forma de analizar las violaciones a los derechos fundamentales de manera más novedosa y creativa, siguiendo el modelo continental europeo de proporcionalidad. En este sentido, las sentencias de los Tribunales Constitucionales Alemán y Español, respectivamente, nos permitieron identificar dicha estructura argumentativa, así como la construcción progresiva de un conjunto de reglas que deben seguirse para la aplicación del mismo, tales como el subprincipio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o proporcionalidad).

DÉCIMO SEGUNDA: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad han sido dos principios que han sido desarrollados tardíamente por la Corte mexicana. Fue hasta inicios del siglo XXI, con el caso de cambio de sexo, que la Suprema Corte los reconociera como parte fundamental y estructural del sistema jurídico mexicano, e incluso como fundadores del resto de los demás derechos fundamentales, teniendo como inspiración la jurisprudencia y derecho internacional y comparado. En este sentido, la jurisprudencia española y alemana sobre dignidad humana son abundantes y proliferas en la creación de reglas y precedentes sobre la prohibición de no instrumentalización del hombre, inspirados en los imperativos categóricos de la filosofía kantiana.

Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad ha sido un principio a partir del cual la Suprema Corte ha derivado la creación de nuevos derechos que no habían sido inicialmente reconocidos en el texto constitucional, tales como el derecho a la imagen, privacidad, intimidad y protección de datos. Dicha situación resulta alentadora y creativa, que nos habla de una nueva forma de interpretación y argumentación en base a principios constitucionales. En este tenor, se analizaron sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de transexuales que no se encontraron expresamente en instrumentos nacionales e internacionales. Por este motivo, este último Tribunal Internacional amplió la tutela y protección de los principios constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, con la finalidad de reconocer nuevos derechos como el de contraer matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo.

DÉCIMO TERCERA: la interpretación del derecho a la vida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido progresivamente garantista. Se analizaron los casos relativos al aborto y la donación de órganos entre vivos. En el caso del aborto, estamos en desacuerdo por la solución legalista y la evasión de discutir sobre la colisión entre el feto como un bien constitucionalmente tutelado y la libertad sexual y reproductiva de la madre, realizada por la Corte mexicana, sin embargo, estamos de acuerdo con la protección constitucional otorgada al feto a partir de su reconocimiento como un bien constitucionalmente tutelado. Por otra parte, esta interpretación expansiva del derecho fundamental a la vida se vio reflejada en el caso de donación de órganos entre vivos, ya que el juez constitucional amplió este derecho fundamental, expresando que existe una violación al mismo cuando el Estado no proporciona los medios adecuados para que las donaciones se lleven a cabo. Dicho en otros términos, la vertiente positiva del derecho a la vida y el derecho a la salud.

DÉCIMO CUARTA: la Corte mexicana ha trazado la directriz hacia una interpretación expansiva del derecho fundamental a la igualdad y no dis-

criminación, dejando la concepción de igualdad formal. Con el desarrollo de nuevos precedentes, especialmente los relacionados con las medidas de acción positiva y el empleo de criterios objetivos y razonables del principio de proporcionalidad, se han tenido nuevos instrumentos para una mejor comprensión de las desigualdades materiales de la sociedad mexicana y las soluciones para erradicarlas. Sin duda alguna, cabe subrayar que el Tribunal Constitucional mexicano ha retomado las líneas interpretativas de la jurisprudencia española, al llevar a cabo interpretaciones más sustanciales y amplias del significado de la igualdad formal y transitar a una concepción de igualdad política.

DÉCIMO QUINTA: los obstáculos y retrocesos que ha tenido el modelo hermenéutico-argumentativo que aplica nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación al momento de resolver casos difíciles relacionados con la limitación o conflictos de derechos fundamentales. Fueron seis apartados, relativos a temas que tienen gran trascendencia para la vida política y social del país, como tutela de justicia efectiva, aborto, genocidio, fuero militar, límites a la libertad de expresión y derecho al honor, así como los retenes y el uso de la fuerza pública.

DÉCIMO SEXTA: no ha sido nuestra intención situarnos en alguna postura en concreto en relación con alguna de las temáticas descritas previamente, sino que hemos pretendido brindar al lector un mejor panorama acerca del método a partir del cual los jueces justifican sus decisiones. Cabe aclarar que en muchos de los casos, el planteamiento de fondo no ha sido resuelto aún, ya que por medio de la declaración de inadmisibilidad de muchas de las demandas interpuestas, se ha negado el acceso a la justicia a muchas de las víctimas, situación que ha sido descrita por organismos internacionales, entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como violatoria al derecho a una tutela de justicia efectiva.

En ese sentido, pudimos advertir que, cuando el Poder Judicial Federal, en su calidad de Tribunal Constitucional no actúa como debiera hacer, asumiendo un papel de mero revisor de legalidad o de reproductor de las causales de inadmisibilidad o desechamiento de las solicitudes de fondo ante él planteadas, ocasiona un grave deterioro a la credibilidad de estas instituciones y convirtiendo en retórica los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución.

DÉCIMO SÉPTIMA: la despenalización del aborto ha sido una de las temáticas que más expectativas ha levantado en los últimos años en el país. Sin embargo, creemos que la resolución que declaraba la constitucionalidad del aborto, no se encontró lo suficientemente justificada, ya que se rompe con un importante precedente judicial dictado en el año 2000 sobre la protección de la vida del producto de la concepción. Además, se evade el análisis de la posible colisión de los derechos sexuales y reproductivos

de la madre ante el derecho a la vida del feto. Lo anterior, se afirma no sólo por la decisión final de la Corte, sino por la defectuosa metodología empleada en el proyecto, aprobado incluso por una mayoría dividida y disconforme con la manera en que debían analizarse los temas centrales de la controversia.

DÉCIMO OCTAVA: en lo que concierne al tema del caso de “El Halconazo”, diferimos del esquema utilizado para resolver el fondo del asunto. Pensamos que el criterio de la seguridad jurídica, y principalmente el principio de no retroactividad, en perjuicio del inculcado, debió ceder ante los derechos de las víctimas que han perseguido justicia por largos años. Para justificar dicho aserto, realizamos un análisis comparado de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contra de los centinelas del Muro de Berlín, a partir de la fórmula de Radbruch y el derecho injusto, aplicable en ese entonces por la Alemania Oriental. En ese sentido, creemos que el principio de justicia material contenido en los delitos de lesa humanidad, y los mismos Tratados, así como todo el derecho y costumbre internacional que en dicha materia apoyaban dicho aserto, razón por la cual pensamos que debió haberse realizado una ponderación de ambos principios, con la finalidad de medir la magnitud de la afectación en cada caso.

DÉCIMO NOVENA: el análisis del principio de igualdad y no discriminación, a la luz del fuero militar ha sido suficientemente discutido a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, existen ya tres sentencias condenatorias que han solicitado al Estado Mexicano definir los límites y alcances del mismo, con la finalidad de que los militares que violen derechos fundamentales no sean juzgados por la jurisdicción militar.

VIGÉSIMA: el desarrollo jurisprudencial de la libertad de expresión y las vertientes a partir de las cuales este derecho fundamental adquiere fuerza ha resultado bastante prolija, así como sus criterios a partir de los cuales encuentra justificaciones razonables. A pesar de ello, existen muchos claroscuros también en estos tópicos, ya que en la resolución del poeta maldito, donde se penaliza la libertad de expresión, la Corte dio atrás con precedentes que había consagrado previamente, ya que sin razones constitucionales justificables, permitió que a una persona se le siguiera un proceso penal por haber escrito un poema que profanaba la bandera nacional.

Asimismo, en materia de solución a los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor e intimidad, disentimos del método de ponderación realizado por la Suprema Corte en el caso presentado (Martha Sahagún), ya que no dejó muy en claro, cuáles eran los dos bienes o principios constitucionales que se encontraban en conflicto. Además, no exis-

tió una medición en la magnitud en la afectación del derecho al honor de la afectada, a partir de los criterios unánimemente aceptados por la teoría y doctrina jurisprudencial comparada que ellos mismos citan en la misma resolución aprobada.

VIGÉSIMO PRIMERA: es urgente la revisión del tema de los retenes así como sus reglas para que éstos adquieran una legitimación constitucional. En este sentido, creemos que es urgente y necesaria una revisión integral de los aspectos tanto judicial como legislativo sobre el uso de la fuerza pública y las reglas acerca del procedimiento a seguir para la revisión de vehículos automotores, ya que el problema de fondo en el caso del Poder Judicial, se ha centrado en evadir bajo argumentos legalistas, en principio, porque que no se trata de una violación a la libertad de tránsito, pues este derecho no comprende el desplazamiento a través de vehículos, sino únicamente al individuo, situación que está fuera de toda lógica y sentido común. Aunado a ese precedente, la Corte ha evadido su responsabilidad, declarando improcedente el amparo presentado por el quejoso, ya que no sería un tema de trascendencia y relevancia (aunado al hecho de que se trataba de un recurso de revisión y no había existido un pronunciamiento previo por el Tribunal Colegiado), otro aspecto más formalista del proceso, que solamente deja en el salón de espera a los problemas que la sociedad ansía ver resueltos y por supuesto, más de nuestra Suprema Corte, en su calidad de Tribunal Constitucional que presume ser casi a diario.

VIGÉSIMO SEGUNDA: no ha sido nuestro objetivo, pronunciamos sobre determinados asuntos claves en los precedentes relatados (aunque en algunos de ellos no coincidamos con el fondo o la decisión final tomada por la Suprema Corte); sino que más bien, tiene relación con el modelo o esquema de argumentación de derechos fundamentales que realiza, y la justificación que se obtiene de los razonamientos empleados con ese método. Las principales debilidades de los proyectos siguen residiendo en el inexplicable respeto que guarda siempre la Suprema Corte ante el Poder Legislativo, temerosa de no generar tensión (que si bien es propia de una jurisdicción constitucional), acabando por ser una mera expresión de la boca del legislador, deslegitimando su labor de Tribunal Constitucional y la gran labor realizada previamente, en algunos precedentes donde se muestra una extraordinaria labor argumentativa en base al reconocimiento y concretización de esos valores y principios. Mostrando en algunas ocasiones un temor infundado en la elaboración de ponderaciones, siguiendo un poco la idea de que la coherencia del texto fundamental llegue a perderse. Signos claros de un agotamiento de un modelo: el de las garantías individuales.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., t. 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., t. 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, 589 pp.
- AA.VV., t. I: *Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 1998, 875 pp.
- AA.VV., t. II, Vol. III, Historia de los Derechos Fundamentales: *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos Humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid 1998, 495 pp.
- AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- AA. VV., *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Introducción de Pedro Serna Bermúdez), 2a. ed. aumentada, Comares, Granada, 2005.
- AARNIO, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Política y jurídica (Problemas actuales)*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, (coord.) *La democracia en el Estado Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- (coord.) *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- (coord.) *Teoría Política Contemporánea*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008, 1a. reimp. de la 2a. edición

- *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005.
- *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, (traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson), Oxford University Press, New York, 2002.
- *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2a. ed., 1998.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEPC, Madrid, 1997.
- *Teoría del discurso y derechos humanos*, (traducción e introducción de Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.
- ANDERSON, M. S., *La Europa del siglo XVIII*, FCE, México, 1968.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ-UNAM, México, 2003.
- “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, Fontamara, México, 2004.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- 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.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state act en la jurisprudencia norteamericana)*, Mac-Graw Hill, Madrid, 1997.
- BLUCHE, Frederic, *El Bonapartismo*, FCE, México, 1984.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.
- *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998.
- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.
- BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.
- 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.
- BUNGUE, M., HALBWACHS, F., KUHN, Th., *et al.*, *Las teorías de la causalidad*, (trad. Miguel A. Quintanilla), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.
- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the revolution in France*, Prometheus Books, New York, 1987.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2005.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, IJ-UNAM, México, 1999.
- CATALA I BAS, Alexandre H., *Libertad de expresión e información (La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional)*, Ediciones Revista General de derecho, Valencia, 2001.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad)*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La constitución de 1857 y sus críticos*, Clío-El Colegio Nacional, FCE, 2a. ed., 2007.
- *El Sistema político mexicano*, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1974.
- *La sucesión presidencial*, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1975.
- “El Porfiriato”, en AA. VV. *Historia mínima de México*, El Colegio de México, 2003, México, pp. 127-134.
- COSSÍO, José Ramón, *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Fontamara, México, 1998.
- *La controversia constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- *Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002.
- *Constitución, tribunales y democracia*, Themis, México, 1998.
- “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución” en *Ochenta años de vida constitucional en México*, Cámara de Diputados LVII Legislatura, IJ-UNAM, México, 1998.
- COURTIS, Christian (Ed.), *Observar la ley (Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica)*, prólogo de Manuel Atienza, Trotta, Madrid, 2006.
- CROSSMAN, R. H. S., “El pensamiento político inglés e la tradición europea” en *Trayectoria del pensamiento político*, MAYER, J. P. (comp.), FCE, México, 1976, pp. 120-143.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004.
- *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Trotta, Madrid, 2004.
- DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM-IJ, México, 2005.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- Ética privada e igualitarismo político. Barcelona, Paidós, 1993.
- El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Ariel, España, 1999.
- DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional (Teoría general del Estado, El derecho y el Estado, Las libertades públicas)*, (traducción, con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional en España por José G. Acuña), (edición y estudio preliminar “La teoría jurídica de León Duguit” a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González), Comares, Granada, 2005.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, IJ-UNAM, México, 2003.
- “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 39, Madrid, septiembre-diciembre 1993, pp. 195-247.
- FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.
- Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), Trotta, Madrid, 2005.
- Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
- Democracia y garantismo*, (edición de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2008.
- Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, MORESO, José Juan, ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FIX-ZAMUDIO, Héctor, (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Editorial Porrúa-UNAM-IJ-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *Interpretación constitucional*, t. I y II, Editorial Porrúa, México, 2005.
- FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, IJ-UNAM, México, 1996.
- FEYERABEND, Paul K., *Contra el método (Esquema de una teoría anarquista del conocimiento)*, (traducción castellana de Francisco Hernán), Ariel, Barcelona, 1974.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo, (presentación de Antonio Martínez Báez)*, Editorial Porrúa, México, 1964.
- *Los procesos contemporáneos del poder judicial en México*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.
- *Verdad y método II*, (trad. de Manuel Olasagasti) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2006.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La interpretación constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 2, febrero de 2004, pp. 37-74.
- "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. reimp., Civitas, Madrid, 2001.
- *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho (Bases argumentales de la prueba)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio" en *Doxa*, no. 4, 1987, pp. 87-117.
- GIRALDO FERNÁNDEZ, Javier, *Derechos humanos y cristianismo: transfondos de un conflicto*, Dykinson, Madrid, 2008.
- GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de y CARBONELL, Miguel, *El artículo 22 Constitucional y las penas en el Estado de Derecho*, UNAM-IIIJ, México, 2007.
- GONZÁLEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- GOMES CANOTHILO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, (traducción de Carlos Lema Añón), Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2004.
- GREPPI, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, (Prólogo de Norberto Bobbio), Marcial Pons-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Barcelona, Madrid, 1998.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GROPI, Tania y MEOLI, Chiara, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, (traducción y estudio preliminar de Miguel Carbonell), Dirección General de Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades (Un análisis histórico)*, (traducción y "Prólogo para civilistas de Ángel Miguel López y López", Civitas, Madrid, 1992.
- *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IJ, UNAM, México, 1999.
- “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 39-46.
- *Distinguiendo (Estudios de teoría y metateoría del derecho)*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *El Estado Constitucional*, IJ-UNAM, 2001.
- *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, (trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998.
- *Retos actuales del Estado Constitucional*, Gobierno Vasco, Bilbao, 1996.
- *Pluralismo y constitución (Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta)*, (estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco), Tecnos, Madrid, 2002.
- *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- “Derecho natural y revolución” en *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 87-122.
- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, (Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Konrad Adenauer Stiftung-UNAM-IJ, México, 2005.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid, 2001.
- HAMILTON, Alexander, *El federalista* (A. Hamilton, J. Madison y J. Jay), FCE, México, 2001.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, (con un prólogo para la edición española del autor), (traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruíz del Castillo), (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2003.
- HOBBES, Thomas, “Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil”, en *The english Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, (Collected and edited by William Molesworth, Bart) V. III, John Bonn, Henrietta Street, Convent Garden, London, 1839;
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada), IJ-UNAM, México, 2000.
- *Reforma y mutación de la constitución*, (Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), (traducción de Christian Förster), (revisada por Pablo Lucas Verdú), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales (Concepto y garantías)*, Trotta, Madrid, 1999.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia*, (trad. Eugenio Ímaz), FCE, México, 2004.
- *The Philosophy of law. An exposition of the principles of jurisprudence as the science of right*, (trad. W. Hastie, B. D., t. & t. CLARK), Edinburgh, 1887.
- *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizarraga), Librería de Victoria-no Suárez, Madrid, 1873.
- *La metafísica de las costumbres*, (trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 4a. ed., Tecnos, 2005.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), Porrúa, México, 2003.
- *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), Porrúa, México, 2003, p. 99-231.
- *La paz perpetua*, (trad. F. Rivera Pastor), Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 247-283.
- KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Second Edition, revised and expanded), (Foreword to the original edition by Roman Herzog, President of the Federal Republic of Germany), (New Foreword to the second edition by David P. Currie, University of Chicago School of Law), Duke University Press, Durham and London, Chicago, 1997.
- KUHN, t. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 2002.
- KRAUZE, Enrique, *Siglo de caudillos, Fábula Tusquets*, México, 2003.
- *La presidencia imperial*, Fábula Tusquets, México, 2002.
- KROPOTKIN, Piotr, *Historia de la Revolución Francesa*, Vergara, Barcelona, 2005.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Vierte, Springe Verlag, Berlín, ergänzte Auflage 1979, versión cast. *Metodología de la Ciencia del derecho*, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.
- LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, FCE, México, 1989.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, (con Introducción de Karl Loewenstein) Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LOCKE, John, *An essay concerning human understanding*, (collated and annotated, with prolegomena, biographical, critical, and historical by Alexander Campbell Fraser), Dover Publications, New York, 1959.
- *Concerning Civil Government*, Second Essay, Great Books, Encyclopedia Britannic, USA, Inc. V.33, 2nd ed., 1996.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *Yo, el Estado (Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado)*, Trotta, Madrid, 1992.
- *Introducción a los derechos humanos*, Comares, Granada, 2000.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*, Reus, Madrid, 1985.

- *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Beramar Ediciones, Madrid, 1993.
- *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001.
- *Teoría General de las articulaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Dykinson, Madrid, 1997.
- M. FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, (traducción de Juan Miguel Palacios), Ediciones Encuentro, Madrid, 1983.
- *Los derechos del hombre y la ley natural*, MARITAIN, Jacques, (traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva), Colección Orfeo, Buenos Aires, 1943.
- “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 OKINCZYC, Joseph (coords.), (traducción de Juan Miguel Palacios), Ediciones Stvium de Cultura, Buenos Aires, 1949, pp. 37-63.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, t. I, Garnier Hermanos, París, 1908.
- 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.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM-IIJ, México, 2003.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, (trad. de R. Tamayo), FCE, México, 1990.
- O. RABASA, Emilio, *El pensamiento político constituyente de 1824*, Universidad
- *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, UNAM, México, 1996.
- *Historia de las constituciones mexicanas*, IIJ-UNAM, México, 2000.
- ORIZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, (Prólogo de Pablo Lucas Verdú), Comares-Universidad de Granada, Granada, 2003.
- PAINE, Thomas, *Rights of man, Los derechos del hombre*, con introducción de H. N. Brailsford, (trad. José Antonio Fernández de Castro y Tomas Muñoz Molina), FCE, México, 1986.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- *Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- *Ética, poder y derecho (Reflexiones ante el fin de siglo)*, Fontamara, México, 2000.
- PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (coomp.) *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.
- 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, 2 ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, (Presentación de Luis Villar Borda), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2005.
- “Seguridad jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J., (coord.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, pp. 23-45.
- POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, (Prólogo de José Antonio Souto Paz), Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2002.
- POU, Francisca, “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197.
- PRADO MAILLARD, José Luis, *Hacia un nuevo Constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo, De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, (estudio preliminar y trad. de Salvador Rus Rufino), CEPC, Madrid, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura: estudios sobre la organización política de México*, Tip. de revista de revistas, 3a. de Colón 32, México, 1912.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1997.
- *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2001.
- *Liberalismo político*, FCE, México, 1995.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ URIBE, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 2002.
- ROLL, Eric, A., *Historia de las doctrinas económicas*, FCE, México, 1994.
- ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Capítulo VI, Garnier, París, 1909.
- *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Calpe, Madrid, 1923.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la anti-güedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.
- SABINE, George, *Historia de la Teoría Política*, FCE, México, 1982.
- SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana)*, (estudio introductorio de Víctor Ferreres Comella), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales” en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (Coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, UNAM-IJ, México, 2010, pp. 351-390.
- SCHMILL, Ulises, *Las revoluciones (Teoría jurídica y consideraciones sociológicas)*, Trotta, Madrid, 2009.
- SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, México, 1971.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- *El Leviathan (En la Teoría del Estado de Tomas Hobbes)*, (traducción de Francisco Javier Conde), (edición y estudio preliminar, El estudio de lo político en Carl Schmitt, a cargo de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2004.
- 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.
- SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz), Konrad-Adenauer-Stiftung, (ed. Rudolf Huber), México, 2009.
- SEN, Amayarta, *Nuevo examen de la desigualdad*, (versión de Ana María Bravo), (revisión de Pedro Schwarz), Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, septiembre-diciembre 1988.
- TREVELYAN, G. M., *Historia Política de Inglaterra*, versión Española de Ramón Inglesia, FCE, México, 1943.
- *Historia Social de Inglaterra*, (versión española de Adolfo Álvarez-Boylla), FCE, México, 1946.
- TRON PETIT, Jean Claude, *Argumentación en el amparo (Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo)*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- V. CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- VALADÉS, Diego y BARCELÓ ROJAS, Daniel A. (coord.), *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano, A 180 años de la Constitución de 1824*, IJ-UNAM, México, 2005.
- VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén, “La hermenéutica filosófica: una reflexión sobre el derecho como ciencia del espíritu”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica (Revista Semestral del IJ de la Facultad de Derecho y Criminología)*, Año 1, número 1 de la 2a. época, enero-junio de 2007, FACDyC-UANL, Monterrey, Nuevo León, 2007, pp. 42-86.
- “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica (Revista Semestral del IJ de la Facultad de Derecho y Criminología)*,

- Año 2, número 4 de la 2a. época, julio-diciembre de 2008, FACDyC-UANL, Monterrey, Nuevo León, 2007.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 2006.
- Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, (trad. Claudia Herrera), IIJ-UNAM, Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004.
- 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.
- 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.
- ZACHERT, Ulrich, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del trabajo, (Estudio comparado con el Derecho español)*, Netbiblio, A Coruña, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005.
- La exigencia de la justicia*, (traducción y presentación de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2006.
- ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz (Una crítica del globalismo jurídico)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2005.

ÍNDICE

PRÓLOGO	VII
INTRODUCCIÓN	XI

CAPÍTULO I

HERMENEÚTICA CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN EN VALORES Y PRINCIPIOS: UN NUEVO PARADIGMA

I. La reformulación del positivismo jurídico a partir de la simbiosis entre derecho y moral	4
1. Los derechos fundamentales como valores y principios	9
2. El desafío de la jurisdicción constitucional: concretización de los valores y principios	15
3. Hacia una teoría constitucional de los derechos fundamentales.	18
II. La superación del formalismo jurídico por medio de la Hermenéutica y la argumentación en valores	21
1. El agotamiento del modelo de las garantías individuales y su urgente necesidad de renovación	26
2. La reforma constitucional en materia de derechos humanos y el control de convencionalidad: un desafío para la Suprema Corte de Justicia de la Nación	29
2.1. La interpretación conforme y el control de convencionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	30
III. La nueva hermenéutica judicial	35
1. La función de la hermenéutica judicial en la magistratura constitucional	44
2. El principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional para la tutela de justicia efectiva.	46

CAPÍTULO II

UN MODELO HERMENEÚTICO-ARGUMENTATIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA

I. Metodología empleada en el análisis de precedentes constitucionales . .	54
II. Los derechos también son principios: amparo directo civil 6/2008 (SCJN); amparo en revisión 2/2000; acción de inconstitucionalidad	

6/98, Caso Temixco (Controversia constitucional 31/97) y Controversia Constitucional 91/2003 (Caso FOBAPROA)	56
1. El orden objetivo de valores conforme al fallo Lüth del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TFCA) BvF 7,198	65
III. El empleo del principio de proporcionalidad para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales en México a la luz del derecho comparado	66
1. Criterios de la SCJN y el TEPJF sobre el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para limitar o restringir las garantías individuales.	67
2. El principio de proporcionalidad a la luz del modelo español y alemán	76
2.1. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia española STC 55/1996, 66/1995 y 207/1996	76
2.2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia alemana BVerfGE 86, 1 (11) (Caso Titanic) y BverfGE 30, 173 (Caso Mephisto)	79
IV. La dignidad humana conforme a la legislación y jurisprudencia mexicana	80
1. Suprema Corte de Justicia de la Nación: amparos directos en revisión 988/2004, 402/2007, 1780/2006, 811/2008.	82
2. La dignidad humana conforme a la jurisprudencia comparada	86
2.1. La dignidad humana y el Tribunal Constitucional Español, sentencias: 192/2003 y 231/1988	87
2.2. La doctrina jurisprudencial alemana sobre la dignidad humana: la Ley de Aviación Alemana (1 BvR 357/05)	89
V. El libre desarrollo a la personalidad y la creación de nuevos derechos. Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS	91
1. El reconocimiento y la creación de nuevos derechos no consagrados de manera expresa: los derechos de los transexuales conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sheffield y Horsham vs. Reino Unido, Christine Goodwin vs. Reino Unido, I. vs. Reino Unido)	94
2. El libre desarrollo a la personalidad conforme a la jurisprudencia española y alemana	97
2.1. Tribunal Constitucional Español, recursos de amparo 119/2001 y recurso de inconstitucionalidad 290/2000	97
2.2. Tribunal Constitucional federal alemán, sentencias BverfGE 65, 1 (Caso Censo de población) y BverfGE 101,361 (Caso Carolina de Mónaco).	99
VI. El derecho a la vida en sentido amplio conforme a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la jurisprudencia comparada	101
1. El derecho a la vida y el caso del aborto conforme la acción de inconstitucionalidad 10/2000.	101
2. El caso de los trasplantes de órganos entre vivos (amparo en revisión 115/2003)	104

- 3. El derecho a la vida conforme al modelo español y alemán 107
 - 3.1. El derecho a la vida en la jurisprudencia española (STC 120/1990 “Caso Huelga de Hambre” y el recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Reproducción Asistida (STC 212/1996,) . 107
 - 3.2. El deber de protección de la vida en el Estado de Derecho: el secuestro de Schleyer por grupos terroristas y la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 46, 160) . . . 109
- VII. El principio de igualdad y no discriminación en México y el derecho comparado 110
 - 1. El principio de igualdad: conceptualización, límites y alcances conforme a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 116
 - 2. El caso de los militares con VIH. Amparo directo en revisión 307/2007 y otros (SCJN) 124
 - 3. El principio de igualdad en la jurisprudencia española. 125
 - 3.1. Caso Mujeres aviadoras (STC 216/1991), Caso Guarderías, (STC 128/1987), y Caso Diferencias salariales y división por sexo (STC 147/1995) 125

CAPÍTULO III

OBSTÁCULOS Y RETROCESOS
DEL MODELO HERMENÉUTICO-ARGUMENTATIVO
DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

- I. La protección de los derechos fundamentales a través de instrumentos jurídicos eficaces: el derecho a una tutela de justicia efectiva. 133
 - 1. El caso Castañeda: la falta de un recurso efectivo, sencillo, accesible e idóneo para la protección de los derechos fundamentales: primera llamada de atención de los Tribunales Internacionales a la jurisdicción constitucional mexicana (Amparo en Revisión 743/2005 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) 134
- II. El derecho a la vida y la negativa de la Corte a realizar un escrutinio estricto sobre posibles colisiones sobre el libre desarrollo a la personalidad de la mujer y el bien constitucionalmente tutelado 142
 - 1. El aborto conforme a la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007. 143
 - 2. El embrión no es vida humana, pero sí un bien constitucionalmente tutelado 153
 - 2.1. La dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad de la madre ante los derechos del feto 153
 - 2.1.1. El caso del aborto conforme al Tribunal Constitucional Español: Sentencia 53/1985 154
 - 2.1.2. El caso del aborto en el Tribunal Constitucional Federal Alemán: sentencias BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203 . . . 156
 - 3. El análisis de las leyes antiaborto conforme a la doctrina jurisprudencial comparada 160

III. El principio de justicia material frente a la seguridad jurídica, una colisión de derechos fundamentales: el caso “El Halconazo” relativo al Recurso de Apelación No. 1/2004-PS derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS ante el Caso de los centinelas del muro de Berlín del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 95, 96) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso de K.H.W. vs. Alemania)	168
1. La injusticia extrema y el derecho: el argumento del derecho injusto de Gustavo Radbruch y el argumento de la corrección de Robert Alexy	168
1.1. Planteamiento del caso “El Halconazo”.	170
1.2. Planteamiento del caso “Centinelas del muro de Berlín”.	174
2. Análisis del caso mexicano a la luz de la jurisprudencia comparada	177
IV. El principio de igualdad y no discriminación y el debate sobre el fuero militar: amparo en revisión 989/2009	179
1. La negativa de la suprema corte a discutir sobre el fuero militar y la falta de legitimación procesal de la víctima para impugnar los actos reclamados	180
1.1. La urgente revisión del fuero militar en el estado mexicano (Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)	184
V. Libertad de expresión, su contenido esencial y sus límites	193
1. La colisión entre los derechos a la libertad de expresión y el derecho al honor e intimidad conforme a la SCJN	194
2. Dos casos paradójicos: el caso del poeta maldito Sergio Witz, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amparo en revisión 2676/2003) frente al Caso Texas vs. Johnson, de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica 491 U.S. 397(1989)	195
3. Derecho a la intimidad vs. libertad de expresión (Caso Martha Sahagún: un conflicto de derechos)	199
VI. Los retenes como actos de molestia y el uso debido de la fuerza pública.	207
1. El estudio sobre la constitucionalidad de los retenes conforme al amparo en revisión y votos particulares de los Ministros José Ramón Cossío y Genaro David Góngora Pimentel (amparo directo en revisión 498/2006)	208
2. El principio de razonabilidad en el caso Arizona vs. Gant acerca de la detención en vehículos automotores [Arizona vs. Gant, 556 U.S. (2009)] Arizona vs. Gant.	212
3. Los actos de molestia y el uso debido de la Fuerza Pública en México	213
CONCLUSIONES	219
BIBLIOGRAFÍA	227

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 5 de abril de 2013 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF

La tipografía de este libro se realizó con
fuente ZapfEllipt BT en cuerpo de 10/12 pts.,
y caja de 28 x 45 picas

