

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS DEL DERECHO



**LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE
2011: HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN MÉXICO**

**QUE COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN CIENCIAS DEL DERECHO**

PRESENTA

LIC. MARCELA RETES MONDACA

DR. JOSÉ MANUEL LUQUE ROJAS

DIRECTOR

CULIACÁN, SINALOA; NOVIEMBRE DE 2015.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS DEL DERECHO



**LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE
2011: HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN MÉXICO**

**QUE COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN CIENCIAS DEL DERECHO**

PRESENTA

LIC. MARCELA RETES MONDACA

DR. JOSÉ MANUEL LUQUE ROJAS

DIRECTOR

CULIACÁN, SINALOA; NOVIEMBRE DE 2015.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO.- MARCO DE REFERENCIA	10
1. Evolución de los Derechos Humanos en México, antes y después de la reforma constitucional.	10
2. ¿Derechos Humanos o Derechos Fundamentales?	14
3. Definición de Derechos Fundamentales.	17
4. Las Garantías Individuales.	21
5. El Juicio de Amparo.	24
6. Una nueva estructuración de los conceptos de violación.	26
7. La argumentación jurídica.	33
8. El Derecho y el lenguaje.	38
9. El lenguaje común.	42
10. Las funciones lógicas de la gramática.	45
11. Lenguaje jurídico.	48
12. Los modelos lógicos de argumentación jurídica.	54
A. Modelo de argumentación jurídica por principios generales.	56
B. Modelos legales de argumentación jurídica.	58
C. Modelos retóricos de argumentación jurídica.	59
CAPÍTULO SEGUNDO.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD	62
1. La constitución.	62
2. La constitución como norma suprema y el sistema jurídico.	65
3. La función de la constitución.	67
4. Interpretación constitucional y los operadores jurídicos.	70

5. Tratados internacionales	77
6. Determinación de los tratados relativos a Derechos Humanos.	81
7. Control de convencionalidad.	85
CAPÍTULO TERCERO.- EL PRINCIPIO PRO PERSONA Y EL JUICIO DE AMPARO	95
1. Principio pro- persona. Manifestaciones.	95
2. Principio pro persona. Sub-principios.....	111
3. El nuevo juicio de amparo.	115
4. La validez de la reforma constitucional en derechos humanos.....	120
CAPÍTULO CUARTO.- HACÍA UNA NUEVA PONDERACIÓN JURÍDICA	127
1. El principio de legalidad como fuente de legitimación entre legislación y jurisdicción.	127
2. La flexibilidad del sistema jurídico para abrirse a dilemas morales.	132
3. La ponderación y las normas de derechos fundamentales.	138
A. Casos fáciles y casos difíciles.	145
4. Un nuevo tipo de operador dentro del control de convencionalidad.	148
5. El juez y los derechos humanos.	153
CONCLUSIONES	158
FUENTES DOCUMENTALES	162
Bibliografía	162
Tesis y Jurisprudencia.....	166
Legislación.....	166
Sitios de Internet.....	167

INTRODUCCIÓN

El 10 de junio del 2011 hubo una reforma trascendental en materia de Derechos Fundamentales. Luego de la fuerte influencia que tuvo la reforma de 1992 a nuestra Constitución a través de la cual se introdujera la figura del *ombudsman*, aunado a las múltiples recomendaciones que por parte de la corte interamericana fuera objeto nuestro país, fue evidente que nuestro documento constitucional debía de someterse a diversos ajustes que le permitieran responder a las nuevas exigencias que un verdadero Estado constitucional reclama.

Tal reforma, contemplaría la modificación de once artículos de la Constitución, a los que fueron realizadas alteraciones sustanciales, por las cuales se ampliarán no sólo nuestros derechos, sino que se ofrecería mayor protección a las minorías poblacionales y se establecería con claridad, la responsabilidad que las autoridades por la violación de tales derechos.

No obstante ello, y sin que dejemos de considerar la importancia a las modificaciones de otros artículos, a nuestro parecer el cambio más importante dentro de esta reforma fue el operado en el artículo primero constitucional, ya que por un lado desapareció la limitada concepción de garantías individuales para tutelar una esfera más abierta, la de Derechos Humanos; y por otro, el tránsito de la visión de la carta fundamental del *otorgamiento* derechos al de su simple *reconocimiento*; situación por demás importante pues no sólo constituirá un simple cambio de redacción a dicho dispositivo, sino que implica una nueva lógica, filosóficamente distinta positivista, al basarse fuertemente en los postulados de la lógica del derecho natural.

De acuerdo a lo anterior, la manera de defensa de los derechos deberá ser realizada será distinta, ya que los operadores jurídicos no deberán basar más sus interpretaciones de acuerdo a los modelos lógicos que otrora hubiese impuesto el modelo positivista, donde la argumentación sólo venía siendo una operación silogística; sino que deberán constituir el resultado de un razonamiento más acorde con la forma que el sentido *iusnaturalista* de dicha reforma exige.

Por otro lado, además de los elementos antes descritos que originan que las interpretaciones ahora sean distintas y que también se incluyen dentro de las modificaciones del primero constitucional, es el reconocimiento expreso que antes era tácito, el del principio pro-persona. Dicho elemento no es otra cosa que un método de interpretación, y tiene la función de discernir sobre aquellos elementos que abonan en la construcción de una interpretación actuando *de manera decisiva* en la interpretación que de los derechos humanos se realicen, situación que enriquece la gama de derechos, favoreciendo en todo tiempo la ampliación de los mismos en los gobernados.

En este sentido, considerándose la influencia decisiva que dicho principio ejercerá en cada una de las decisiones que en la interpretación de derechos el operador jurídico deberá realizar, aunado a que ahora el artículo primero ya no tutelaré garantías individuales sino derechos fundamentales, aun no es claro de qué manera dichos cambios podrán surtir los efectos esperados.

Si bien es verdad actualmente cuenta nuestro derecho con métodos a través de los cuales el operador jurídico logra responder a los múltiples problemas que en la interpretación de los derechos se presentan, consideramos que los mismos se muestran insuficientes ante el nuevo tipo de normas que se deberán aplicar. Así, se impone la necesidad del operador jurídico, de hacerse de otros métodos interpretativos que estén más acorde con la naturaleza de los Derechos Fundamentales.

Por otra parte, si bien los cambios a los cuales nuestro documento constitucional se ha expuesto, no significan otra cosa sino un paso decisivo para que la realidad de los Derechos Fundamentales sea distinta. Y es que aunque el principal fundamento para la existencia de un orden justo depende de la naturaleza sensible con la que las normas que están destinados a los sujetos estén hechas, también es verdad que para que estas no constituyan sólo una promesa deberán estas reflejarse directamente en la calidad de vida de los sujetos. Así, con el propósito de ofrecer opciones para que dicha reforma sea materializada, siendo conscientes de que sus implicaciones se manifestarán en la solución de los casos que en concreto se realicen; nos permitimos describir a

continuación los resultados del trabajo de investigación, que si bien no se pretende que el mismo abarque en su totalidad el cúmulo de problemas a los que el operador jurídico se enfrentará en la actividad interpretativa, busca al menos arrojar luz sobre las principales interrogantes que entorno a tal cuestión existen.

Dichas consideraciones nos hemos propuesto desarrollarlas a través de cuatro apartados los cuales constituirán los cuatro capítulos en los que la investigación se divide. Y siendo natural que toda investigación arroje sus respectivos resultados, exponemos también un apartado especial donde habremos de apreciar las conclusiones a donde nuestras investigaciones nos han llevado.

En el primer capítulo se advierte la evolución que los derechos fundamentales han tenido antes y después de la reforma a la Constitución federal. Se plantea a su vez, el problema al que el uso indiscriminado de los diferentes conceptos con que suelen nominarse cotidiana y académicamente los derechos fundamentales puede conducirnos. Por otro lado, puesto que necesitamos conocer la esencia de los Derechos Fundamentales habremos de analizar algunas de sus definiciones más importantes que nos servirá para la construcción de nuestro concepto. Por otra parte, se analiza la estructura que las garantías individuales tenían antes de las reformas constitucionales de 2011, haciendo notar que la misma constituía una limitación en los derechos humanos, en un contexto de internacionalización de los mismos.

Ahora, no pudiendo dejar de lado el principal instrumento que hace efectivos los derechos humanos, abordamos a la institución del juicio de amparo no ya por medio de las garantías individuales sino a través de una óptica de Derechos Fundamentales. En este tenor, analizamos los cambios operados en la parte más importante dentro de la demanda del juicio de amparo, esto es, la correspondiente a los conceptos de violación.

Ahora bien, considerando que la defensa efectiva de los derechos humanos se torna incompatible con los rigurosos métodos de interpretación hasta ahora utilizamos, fue importante que resaltáramos el papel preponderante que la argumentación jurídica jugará ante las perspectivas que trae consigo la reforma; se explica la importancia que dentro de la misma tendrá el lenguaje como

indispensable vehículo de comunicación del derecho, analizando en consecuencia, tanto su naturaleza como las funciones lógicas que desempeña.

Por último, siendo necesario conocer la situación actual interpretativa de defensa de los derechos, exponemos los principales modelos de argumentación jurídica con los que actualmente contamos, destacándose el lógico, el legal, el retórico y por principios, frutos todos del imperio positivista.

Ahora bien, puesto que el contexto donde se desarrollará la interpretación de los derechos humanos es también importante, en el capítulo segundo abordamos la esencia del documento constitucional, y los factores de los cuales hace depender su legitimidad. Así, discutimos el nivel jerárquico que nuestra carta fundamental ocupa respecto a otras normas; se analiza la función que el documento constitucional cumple atendiendo a las dos partes en que la misma generalmente se divide, advirtiendo que con dicha reforma ambas secciones presentaron transformaciones de fondo. También hemos abordado la manera en que las normas de derechos fundamentales se interpretarán en atención a la cláusula de interpretación conforme y el papel que dentro de la misma jugarán los operadores jurídicos. Por otro lado, se estudia la influencia que ejercen los tratados internacionales dependiendo de la jerarquía que los documentos constitucionales les asignen respecto de su orden jurídico interno, además de las características que un tratado internacional deberá reunir para que sea considerado como de derechos humanos. Por último, abordamos al moderno control de convencionalidad como el nuevo tipo de control con el que actualmente contamos para el control y la medición de legitimidad en nuestro Estado.

El capítulo tercero tiene como centro de interés el principio pro-persona. Sin embargo antes de adentrarnos a lo que constituye la naturaleza de tal criterio y lo más importante, pretendiendo que el mismo se aborde desde límites bien definidos, consideramos importante al empezar este capítulo realizar una breve exposición del derecho subjetivo. Posteriormente se analizaron las dos principales variantes que el principio pro-persona presenta; enseguida se expone de forma específica, la manera en que tal principio constitucional se aplica, para

posteriormente abordar cada uno de los sub-principios en que el multicitado principio se ramifica.

Ahora bien considerando que será en la institución del juicio de amparo donde tendremos oportunidad de ver el principio pro-persona en su dimensión concreta, no podríamos haber pasado por alto el estudiar los recientes cambios procesales a los que dicha máquina de protección de derechos se ha sometido y frente a los cuales este criterio de interpretación estará presente, tales como el interés legítimo, la posibilidad de considerar a los particulares como autoridades, y el amparo adhesivo. Ahora bien, puesto que es importante conocer la fertilidad del terreno en donde los derechos humanos se muestran, por último se discute y se plantea la asertividad de la reforma a través de la cual hacemos depender su validez.

Ahora bien, en el capítulo cuarto abordamos la manera especial con que las normas de derechos fundamentales deberán ser interpretadas; sin embargo, dado que una de las características principales de un sistema jurídico es la simplicidad con que sus normas se aplican y considerando de esta forma que dicha particularidad contrasta con la naturaleza vaga e imprecisa de las normas de derechos humanos que el operador jurídico deberá aplicar, empezamos por analizar la función que el principio de legalidad realiza en el mantenimiento de un Estado de derecho. Posteriormente, se analiza la dificultad para desentrañar los contenidos de algunas normas que en forma de principios provienen del derecho convencional y los riesgos inminentes que existen en dejar de advertir el objetivo de existencia, el *telos* del derecho positivo; se estudia a su vez, a la ponderación como el método de interpretación que dichas normas ocupan, así como las características que presentan los casos tanto como sencillos y difíciles en su aplicación.

De acuerdo a lo anterior, es lógico suponer que ante los nuevos retos de interpretación que el operador jurídico enfrentará, éste se encuentra en la necesidad de manejar otro tipo de competencias; de esta forma, exponemos cuáles son las habilidades y destrezas con las que deberá contar para el cumplimiento de su función dentro del sistema jurídico mexicano. Y por último,

analizamos los límites que el principal intérprete de derechos o sea juez, deberá considerar cuando se trate de interpretar normas de derechos fundamentales, desde la nueva óptica descrita.

CAPÍTULO PRIMERO.- MARCO DE REFERENCIA

1. Evolución de los Derechos Humanos en México, antes y después de la reforma constitucional.

El 10 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la histórica reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, en ella se contempló la modificación de varios artículos de nuestra Constitución; pero a nuestro juicio el cambio más importante fue el operado en su artículo primero. Tan trascendente vino a ser semejante cambio, que puede vislumbrarse desde el aparentemente simple cambio de denominación del capítulo primero de la carta magna al pasar de denominarse “De las garantías individuales”, a la “De los Derechos Humanos y sus garantías”. Y es que si bien nuestra Constitución ya tutelaba Derechos Humanos, lo hacía en forma indirecta al considerarlos “encapsulados” dentro del artificio jurídico de las garantías individuales.

Por otra parte, el mecanismo de tutela de las garantías individuales, nuestro juicio de amparo, debía ser invocado solamente para aquellos Derechos Humanos que se encontraran “cubiertos” bajo la forma de garantías individuales, dejando fuera de la posibilidad de tutela jurisdiccional a gran parte de los Derechos Humanos a los que el Estado Mexicano se había obligado vía la suscripción de sendas convenciones y tratados de carácter internacional.

Con la referida reforma se contemplaron dos cambios de fondo en la estructura del artículo primero constitucional, por una parte se hizo a un lado la anacrónica concepción de las garantías individuales, y se admitió que en realidad lo que se tutelaba constitucionalmente eran simplemente Derechos Humanos. Otro de los cambios considerados significativamente importantes, fue la trascendente modificación dogmática, ya que a partir de la reforma nuestra Constitución ya no tutelaba garantías individuales que como concesión graciosa hubiese otorgado el constituyente, sino que se aceptó la expresión del “reconocimiento”, es decir, una postura de gran raigambre iusnaturalista. Bajo esta nueva óptica el constituyente ya no “otorgaba” garantías individuales, sino que reconocía Derechos Humanos

que los hombres y mujeres poseemos por el simple hecho de nuestra racionalidad, de la pertenencia a la raza humana, de nuestra historicidad, y los cuales no pueden ser otorgados y despojados por los Estados sin romper con una de las esencias de lo humano: La dignidad.

Así, dichos cambios aún carecen de los atributos necesarios que en dado caso pudieran dibujar a la misma, es decir, carece de los suficientes elementos para determinar su realidad misma; no obstante ello, salta a la vista que mediante dichas transformaciones se deberá reorientar la manera con la que la dinámica de nuestro sistema jurídico actualmente, funciona, haciendo por lo tanto que nuestro derecho interno evolucione.

La primera reforma constitucional de gran calado en materia de Derechos Humanos, fue la efectuada en 1992, en ella, mediante la reforma del apartado B del artículo 122 constitucional, se contempló la adopción en México, del mecanismo de tutela de Derechos Humanos escandinavo tipo *ombudsman*. Indisolublemente ligada a la misma, debía contemplarse la creación de treinta y tres Comisiones de Derechos Humanos, una por cada entidad federativa (treinta y dos) y una de carácter nacional la cual vino a denominarse Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Dichos organismos se facultaron para la recepción de denuncias o quejas, que por actos u omisiones violatorias de los Derechos Humanos transgredidas por autoridades administrativas o servidores públicos –exceptuando los de carácter jurisdiccional- presentaran los gobernados. Estas Comisiones que no podían conocer de asuntos de naturaleza laboral, electoral y jurisdiccional, emitían de ser acreditadas las conductas violatorias de Derechos Humanos, recomendaciones de carácter general no vinculantes. Es decir, las autoridades responsables de la violación de Derechos Humanos se limitaban a aceptar o no la referida “recomendación”. Por supuesto que la autoridad responsable al aceptar la referida recomendación se obligaba también a desplegar acciones para reparar y evitar en lo futuro transgresiones similares, pero las obligaciones relativas resultaban demasiado limitadas para un mecanismo de tutela de Derechos Humanos.

Aunque la crítica al carácter no vinculatorio de las recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos es la mayoría de las veces negativa, nosotros no compartimos dicha apreciación, ya que aunque constituía un mecanismo limitado de tutela, permitió que la cultura de respeto a la dignidad de los seres humanos permeara lenta pero sistemáticamente no solo en los operadores jurídicos nacionales sino en su cultura jurídica en general. El trabajo realizado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos así como de las Comisiones de los estados, han sentado las bases para una reforma posterior que contempla ahora al juicio de amparo, como el mecanismo constitucional de tutela de los Derechos Humanos. De esta forma, aunque el modelo de tutela tipo *ombudsman* se encontraba agotado desde hace años y su carácter no vinculatorio generaba la impresión de inocuidad en la población, permitió establecer mecanismos para cumplir con obligaciones de carácter internacional contraídas por el Estado Mexicano además de interiorizar al derecho convencional en nuestro sistema jurídico.

Un ejemplo muy claro para entender la trascendencia del mecanismo tipo *ombudsman* en nuestro país, es el relacionado con el fenómeno de la tortura. Como es de conocimiento general, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tiene el carácter de norma suprema; y a raíz del criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 la podemos ubicar inmediatamente después de la Constitución Federal.

De acuerdo al artículo primero de dicha convención la tortura como práctica es entendida por dicha norma externa como:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un

funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...¹.

Es de conocimiento público que dicha práctica se utilizó no solo para forzar declaraciones sino como forma de pena no legal en el pasado. Mediante estas nuevas ordalías muchas veces fueron llevados inocentes a las prisiones y llegaron al conocimiento público casos que todavía causan escándalo.

Ahora bien, aunque las múltiples recomendaciones sin carácter vinculante, emitidas por la Comisiones de Derechos Humanos en nuestro País no se tradujeron en castigos ejemplares para los culpables de dichas transgresiones a los Derechos Fundamentales, sí lograron, mediante su profundo impacto en la opinión pública, empujar programas serios de la instituciones del Estado Mexicano, para atender, prevenir y sancionar los integrantes de las fuerzas de la seguridad pública que incurrieran en dichas conductas.

Muchos de los cambios actuales en México no podrían entenderse sin la fuerza sutil y profundamente moralizadora que dichas recomendaciones imprimieron a la vida nacional. Lo mismo cabría para otros instrumentos internacionales tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, entre otros que sería prolijo mencionar.

El gran salto en la defensa de a los Derechos Humanos o Fundamentales en México, se daría con otra de las reformas constitucionales en la materia misma, concretamente, la publicada el 6 de junio de 2011. En esta, precedente a la del 10 de junio de 2011, se contemplaría al Juicio de Amparo como el mecanismo tutelar de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Federal. El nuevo artículo 103 abandonada la vieja concepción de tutelar Garantías Individuales, ahora prescribiría que “Los Tribunales de la Federación resolverán toda

¹ Asamblea General de Naciones Unidas, (2012, 11 de agosto). Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>.

controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”. De esta forma la transformación en la tutela de los Derechos Humanos sería profundamente significativa, al pasar de un mecanismo no vinculante como las recomendaciones generales, a un procedimiento no solo eminentemente jurisdiccional, sino a la altura de juicio constitucional.

Esta reforma solo puede ser entendida a cabalidad vinculando las transformaciones en los artículos 103 y primero de la Constitución Federal. Ya que aunque el primero de ellos extiende el juicio de amparo a la tutela de Derechos Humanos, en el segundo de ellos “radican no sólo las normas sino también los principios y valores que deben tomarse en consideración en el futuro para la protección de los derechos humanos en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional”². Y por supuesto que esta nueva concepción arrojaría profundas implicaciones a la hora de la aplicación de la norma al caso concreto, pondría a prueba los modelos actuales de argumentación dentro del juicio de amparo, y constituiría una nueva crisis en cuanto a la protección de los Derechos Humanos, esta vez con la gran oportunidad de implementar extensivamente una reforma que permita la plenitud en el respeto de los Derechos Humanos en nuestro país.

2. ¿Derechos Humanos o Derechos Fundamentales?

Más allá de toda concepción que se tenga acerca del derecho, ya sea desde la perspectiva iusnaturalista, positivista y las demás que se han venido desarrollado hasta nuestros días, tal es el caso del realismo jurídico, y el neo-constitucionalismo, el cual para muchos juristas representa si no la mejor manera

² Fix-Zamudio, Héctor, (2012, 10 de agosto). Las reformas constitucionales mexicanas de junio del 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unasm.mx/libros/7/3065/18.pdf>.

de ver al derecho, sí una situación de equilibrio tanto en su concepción, como en su realización; lo cierto es que éste, dado su característica reguladora de las conductas de los sujetos, "...debe ser considerado como un razonamiento abierto hacia las razones morales"³. Tal vez sea éste el problema más acuciante en la búsqueda de una definición si no definitiva, sí –por su plausibilidad- de un uso aceptado por la generalidad de los operadores jurídicos y que nos brinde un punto de apoyo inicial para el análisis de los múltiples problemas que se presentan en la aplicación.

Un primer punto de partida podría ser el de las distintas apelaciones con que son denominados los Derechos Humanos, ya que el uso indiscriminado de diversas denominaciones para los derechos humanos: derechos fundamentales, derechos del gobernado, derechos innatos, derechos constitucionales, derechos naturales, derechos del hombre y del ciudadano, derechos esenciales, derechos inviolables, derechos de la personalidad, garantías individuales, entre muchos otros, empieza ya a evidenciarse entre los estudiosos del derecho "...una cierta alarma ante la creciente abundancia no infrecuente ligereza de las apelaciones a *los derechos humanos*"⁴. Y aunque dicha discusión sea considerada pueril y sin sentido en algunos círculos académicos, a nuestro juicio dicha cuestión impacta al centro de la problemática actual de los derechos humanos.

Una de las teorías que utilizaremos para nuestro análisis, es la enunciada por Gianluigi Palombella, para quien la expresión *Derechos Humanos* "...denota una acepción lata que entorpece su uso"⁵. Y esto evidentemente es así, ya que

³ Atienza, Manuel, (2012, 10 de agosto). Tesis sobre Ferrajoli. Recuperado de <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

⁴ Laporta, Francisco, (2012, 9 de agosto). Sobre el concepto de derechos humanos. Recuperado de http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_01.pdf.

⁵ Palombella, Gianluigi, (2012, 5 de agosto). Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría. Recuperado de

aunque las diversas acepciones señaladas, sean usadas indiscriminadamente para sustituirse entre sí y sean de una semántica aparentemente coincidente, en la realidad cada una de ellas presenta diferencias esenciales que constituyen el primer valladar para la definición de los Derechos Humanos.

Empezaremos por analizar el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el cual se señala que: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los *derechos fundamentales* del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”⁶. Por lo que si ponemos atención al uso que los autores de tan importante documento, hicieron de la acepción Derechos Fundamentales, podemos colegir que ésta no se utilizó como una simple palabra sinónima, sino que denota la esencia misma de los Derechos Humanos; o bien puede decirse que “La fundamentalidad coincide, de algún modo con la inherencia a la naturaleza humana.”⁷ esto es: la persona humana, los hombres y mujeres que más allá de cualquier pertenencia a un sistema jurídico determinado, poseen una dignidad especial dada su esencia racional, que los hace poseedores de una gama de derechos básicos, de una esfera mínima de protección frente a las autoridades y frente a sus mismas comunidades de pertenencia. Por lo que la acepción Derechos Humanos posee, a nuestro juicio, de una caracterización como una noción más sociológica que jurídica. Por lo contrario “Distinta es la situación en el caso de los derechos fundamentales, pues cabe hablar perfectamente de derechos (subjetivos) fundamentales *para el Derecho*

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_24.pdf?portal=4.

⁶ Asamblea General de Naciones Unidas. (2012, 4 de agosto). Declaración universal de los derechos humanos. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>.

⁷ Bidart Campos, Germán J, *Teoría General de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, p.15.

objetivo, o sea para (o en) un ordenamiento jurídico (perteneciente a cualquier sociedad organizada)”⁸.

Por las anteriores consideraciones señalamos una primera determinación teórica de nuestra investigación, en la cual utilizaremos en primer lugar, salvo algún inconveniente semántico, la acepción de Derechos Fundamentales, por ser una acepción eminentemente jurídica y que utilizaremos para el análisis de la segunda cuestión medular en el análisis de los Derechos Fundamentales, el cual constituye el de su definición.

3. Definición de Derechos Fundamentales.

No obstante la prolijidad de definiciones existentes, consideramos importante señalar algunas de las más importantes o representativas, que nos brinden auxilio y podamos identificar el objeto central de los Derechos Fundamentales. Pues recordemos que la “definición” considerada por Aristóteles viene a ser “...el concepto que define la “esencia” de una cosa... debe ofrecer el conocimiento de la esencia, es decir, debe determinar el concepto general intemporalmente válido cuya expresión particular constituye la cosa individual del mundo sensible.”⁹

Es importante precisar que las definiciones caracterizan también a su autor, a quien es posible encuadrarlo dentro de alguna de las corrientes más representativas del Derecho a partir de la visión aportada por su definición. Al respecto, consideramos de gran utilidad el esquema utilizado por el maestro José Antonio García Becerra, en su obra *Teoría de los Derechos Humanos*, donde dentro de la postura iusnaturalista, muestra las siguientes definiciones:

⁸ Palombella, gianluigi, (2012, 5 de agosto). *Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría.* Recuperado de http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_24.pdf?portal=4.

⁹ Rickert, Heinrich, *Teoría de la definición*, México, UNAM, 1960, p.370

a) Harold J Laski: Los derechos son, en realidad, las condiciones de la vida social, sin las cuales no puede ningún hombre perfeccionar y afirmar su propia personalidad. Puesto que el estado existe para hacer posible esa tarea, sólo manteniendo esos derechos puede conseguir su fin. Los derechos, por consiguiente, son anteriores a la existencia del Estado, en el sentido de que, reconocidos o no, son la fuente de donde deriva su validez legal.

b) Morris B. Abram sostiene: Se llaman derechos humanos aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humano y que, por lo tanto, toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana debe garantizar a sus miembros.

c) José Castán Tobeñas define los derechos humanos como aquellos derechos fundamentales de la persona humana –considerada tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social), y que nos debe de ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común.

Por lo que corresponde a la importante corriente del iuspositivismo jurídico, ésta señala los siguientes:

a) Gregorio Peces-Barba: Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto a los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.

b) Antonio Enrique Pérez Luño: Considera a los derechos humanos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las

cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Entre otras importantes definiciones, se encuentran la señalada por Quintana Roldan, quien señala que:

Se entiende por Derechos Humanos al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales¹⁰.

Para la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) por sus siglas en inglés, al respecto de los Derechos Fundamentales afirma que:

Estos son derechos morales inalienables e inherentes que, por el mero hecho de ser hombres, poseen todos los seres humanos. Estos derechos se articulan y formulan en lo que hoy día llamamos *derechos humanos* y se han plasmado en derechos legales, establecidos de conformidad con los procesos legislativos de las sociedades, tanto nacionales como internacionales. El fundamento de estos derechos legales es el consentimiento de los gobernados, es decir, el consentimiento de los sujetos de los derechos¹¹.

Para el ex ombudsman federal, Luis de la Barreda Solórzano, los Derechos Fundamentales:

Son prerrogativas de los gobernados ante los gobernantes. Esos derechos se reconocen a partir de la convicción de que todos los seres humanos, por el solo hecho de serlo, tenemos *dignidad*, cualidad en virtud de la cual merecemos ser

¹⁰ Quintana Roldán *et al.*, *Derechos Humanos*, 4a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 21.

¹¹ UNESCO, *Derechos Humanos, preguntas y respuestas*, México, Correo de la UNESCO, 1999, p. 15.

tratados con ciertos miramientos, ya que somos sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones y falta de consideración¹².

Ahora bien, es evidente que “Cada quien puede optar por una definición o por otra. Pero hecha la elección, queda otro punto, cual es el de qué cosas, qué bienes, qué valores vamos a incluir en lo que antes se ha definido como derechos humanos o derechos fundamentales”¹³. Y esto nos lleva a una segunda definición necesaria para nuestra investigación, la relativa a construir una propuesta de definición de los Derechos Fundamentales que sin tender hacia un extremo iusnaturalista o que campee en los terrenos de la Ética, considere entre sus elementos consideraciones sobre los valores, ya que “...incluso para conocer lo *que* son los derechos fundamentales (y no sólo para identificar *cuáles* son) necesitamos tanto el concepto de norma como el de valor”¹⁴. Por lo que, sin más pretensiones que ofrecer un concepto útil para el análisis, proponemos la siguiente definición de Derechos Fundamentales:

Los Derechos Fundamentales son la serie de atributos inherentes a la naturaleza humana, que permiten no solamente la mera existencia material, sino que propenden a la elevación cultural y espiritual de la humanidad, en un marco de cooperación y solidaridad internacionales ante los graves problemas y retrasos de una cultura universal, así como de la amenaza del advenimiento de una sociedad mercantilizada y mecanizada, donde el primer mundo se apropia de los beneficios de la globalización y el tercer mundo parece atrapado entre sus vicios.

¹² De la Barreda Solórzano, Luis, *Los Derechos Humanos*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, p. 5.

¹³ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 7, p. 236.

¹⁴ Atienza, Manuel, (2012, 10 de agosto). Tesis sobre Ferrajoli. Recuperado de <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

4. Las Garantías Individuales.

Uno de los rasgos más importantes del constitucionalismo moderno en México, es –además de la institución del constitucionalismo social junto con la Alemana de Weimar de 1919- la creación de los artificios jurídicos denominados Garantías Individuales. Es a través de estos “envases jurídicos” como se consagraron Derechos Fundamentales de primera o de segunda generación,

Así, la vida, la igualdad, la libertad, la legalidad, la seguridad e integridad personal, la privacidad, la propiedad y la dignidad, se encuentran reconocidos en esta Ley Fundamental que no sólo las consagra, sino que como referencia, marca la pauta para que las leyes secundarias que de ella derivan, en el ámbito de su especialidad, a su vez las consagren y establezcan los mecanismos para hacerlas valer¹⁵.

Y nos atrevemos a denominarlos como “envases”, ya que dichos instrumentos jurídicos en esencia no son otra cosa que Derechos Fundamentales, pero Derechos Fundamentales –en primera instancia- que fueron una concesión del constituyente de 1917; al respecto es muy claro el artículo 1º del texto original de la Constitución Mexicana de 1917, la cual señala que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que *otorga* esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”¹⁶. Así, desde una concepción evidentemente positivista, se inicia la consagración de los Derechos Fundamentales en el México posrevolucionario. Por lo que la gran institución jurídica del Juicio de Amparo, solo podía ser invocada ante actos de autoridad que hubiesen violado o vulnerado, únicamente por aquellos Derechos Fundamentales

¹⁵ Zamora Grant, José, *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Tlaxcala, Grupo editorial Gudiño Cicero, 2007, p. 21.

¹⁶ Versión original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, (2012, 10 de agosto). Recuperado en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

que se contemplaron –que se envasaron- bajo la forma de Garantías Individuales por el constituyente originario.

Hasta aquí puede advertirse que uno de los problemas constituye la limitación en la tutela de los Derechos Fundamentales a través de las Garantías Individuales, ya que el artículo 103 de dicha Constitución Federal al establecer que “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales...”¹⁷ impedía que dicho juicio constitucional se iniciara con motivo de violación de otros Derechos Fundamentales, con igual o mayor trascendencia jurídica para los individuos que los originalmente –otorgados- por el Constituyente de 1917, dentro de los primeros 29 artículos de la Constitución Federal.

Por otra parte, otro de los problemas de dicha fórmula de protección “indirecta” de los Derechos Fundamentales consistía en la limitación del Estado como único sujeto pasivo en la relación entre los sujetos de las Garantías Individuales, al único que le correspondía, dentro del papel eminentemente pasivo respecto de las garantías de libertad e igualdad, y del papel activo –tutelador- respecto de las garantías de seguridad jurídica, la obligación de respetar y proveer a la efectiva realización de las Garantías Individuales. Así de esta manera, la relación jurídica se entabla solamente frente al Estado, como “La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho para que el sujeto activo de la relación jurídica multicitada o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un *derecho subjetivo público*”¹⁸.

Además de sumir cada una de las interpretaciones que de la carta fundamental se hiciera a un simple y llano silogismo, pues como sabemos “El derecho no es

¹⁷ Versión original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, (2012, 10 de agosto). Recuperado en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

¹⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 37a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 178.

pura lógica ni matemática y quienes ven en la sentencia un silogismo no saben qué es realmente el derecho.”¹⁹

De esta forma, el concepto de Garantía Individual –bajo la concepción de Ignacio Burgoa- quedaría integrada por los siguientes elementos: 1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos). 2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto). 3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto). Y 4.- Previsión, y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

En lo que respecta a la clasificación que de las Garantías Individuales se utiliza dentro de la doctrina constitucional mexicana, consideramos la más adecuada la utilizada por Ignacio Burgoa Orihuela, la cual considera la siguiente sistematización: 1.- Garantías de Igualdad (consideradas la igualdad entre el hombre y la mujer, prohibición de títulos nobiliarios, prohibición de discriminación, prohibición de esclavitud); 2.- Garantías de Libertad (Libertad de circulación, libertad de ocupación y profesión, libertad de procreación, libertad de credo, libertad de imprenta, expresión y manifestación de las ideas, libertad de sindicación); 3.- Garantías de Propiedad (Prohibición de monopolios, libertad de concurrencia económica y derecho a la indemnización en las expropiación que por causa de utilidad pública se realicen); y 4.- Garantías de Seguridad Jurídica (Derecho de petición, garantía de legalidad en materia civil, presunción de inocencia, garantía de exacta aplicación en materia penal, derecho de audiencia, garantía de irretroactividad; entre otras que sería prolijo enunciar).

Ahora bien, aunque el esquema formal utilizado por Ignacio Burgoa es considerablemente útil para efectos didácticos e ilustrativos, deja fuera de su clasificación algunas Garantías Individuales *específicas* que por su naturaleza difusa hacen difícil su clasificación dentro de este esquema. Tales son los casos del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, el derecho a la

¹⁹ Fernandez, Alberto Vicente, *Educación y palabra. Ensayo sobre Quintanilla*, Astra de Alfredo y Ricardo de la Palma S.R.I., 1987, p. 133.

educación, el derecho a la salud, el derecho a la cultura, el derecho a la información pública y a la protección de los datos personales.

5. El Juicio de Amparo.

Por lo señalado en la sección anterior podemos concluir que el sistema de tutela indirecto de los Derechos Fundamentales creado por el constituyente de 1917 adolecía de muchas limitaciones, pero uno de sus frutos más importantes para la vida jurídica en nuestro país lo constituyó el fuerte arraigo de las teorías del garantismo mexicano, sin las cuales hubiera sido imposible la cristalización de una reforma de tan hondo calado como la de junio de 2011. Esta reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, hay que recordar que dejó como asignatura pendiente la reforma a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual publicó posteriormente el día martes dos de abril de 2013.

Ahora bien, si las Garantías Individuales significan una esfera mínima de protección de los gobernados ante la actividad del Estado, requiere necesariamente la institución de un mecanismo, de un proceso que pueda ser incoado en la hipótesis de que las autoridades transgredan dichos derechos. Por supuesto que no basta solo con la mera declaración dogmática de los Derechos Fundamentales en los cuerpos constitucionales para que –en automático– se genere una situación de respeto a dichos derechos subjetivos públicos. En el caso de nuestro país contamos con una formidable institución de tutela de Derechos Fundamentales como lo es el Juicio de Amparo.

Para uno de los más brillantes estudiosos de nuestro original juicio de garantías, como lo es Ignacio Burgoa Orihuela:

El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho

acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine²⁰.

Juventino V. Castro por otra parte define al juicio de amparo de la siguiente manera:

El amparo es un proceso concentrado en la anulación –de naturaleza constitucional- promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal ya *estadales*, que agraven directamente a los quejosos (*sic* ¿quejosos?), produciendo la sentencia que conceda la protección al efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada –si el acto es de carácter positivo-, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige. Si es de carácter negativo²¹.

De esta forma las hipótesis para que configure la acción en el Juicio de Amparo serían en primera instancia una autoridad que a través de sus actos –de acuerdo a sus atribuciones constitucionales- haya vulnerado, restringido o violado una Garantía Individual en perjuicio de un gobernado. De esta forma surge la posibilidad de que los tribunales de la federación tengan la posibilidad de estudiar el asunto en controversia y definir si en efecto el o los actos presuntamente violatorios del orden constitucional, son o no violatorios de garantías en perjuicio del gobernado.

Ahora bien, es de gran importancia precisar ¿Cuáles son las diferencias que revestirá esta “nueva forma” de llevar a cabo el Juicio de Amparo bajo la reforma constitucional señalada? En lo que respecta a la forma, esto es, al proceso como conjunto concatenado de pasos, éste quedará constituido de la misma manera. Será en cuanto a las consideraciones de fondo en el juicio de garantías donde se

²⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 40a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 173.

²¹ Castro y Castro, Juventino, *Garantías y amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 355.

deberán operar los cambios más profundos. La razón no es otra que el núcleo central del escrito de amparo, esto es, el apartado de los conceptos de violación, sufrirá una transformación radical a raíz de la inclusión de los Derechos Fundamentales reconocidos por el Estado mexicano (Constitucional y convencionalmente). Lo cual será materia del siguiente apartado.

6. Una nueva estructuración de los conceptos de violación.

Antes de entrar al análisis del importante apartado de los conceptos de violación dentro del escrito de demanda de amparo, conviene recordar las primeras consideraciones en cuanto a nuestro Juicio de Amparo. En primer lugar tenemos a una garantía específica, o sea un Derecho Fundamental revestido de una juridicidad especial que le hace objeto de tutela por un sistema de protección constitucional; por otra parte tenemos a un gobernado quien considera que su esfera mínima de protección ha sido vulnerada o restringida por una autoridad; se suma a esto la existencia de un acto de autoridad efectivo, lo cual significa que la conducta desplegada por la autoridad considerada responsable posee los atributos de imperatividad, unilateralidad y coercitividad; y por último se cuenta con la necesidad de que dicho acto de autoridad cumpla bajo la apariencia del buen derecho alguna de las hipótesis contempladas por el artículo 103 constitucional.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, señalaremos un ejemplo de actualización de la hipótesis de la fracción I del artículo 103 constitucional, el cual señala que “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte...”²². De esta forma, una autoridad que viole en perjuicio de una gobernada, su derecho fundamental a la no discriminación, prescrito por la

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2012, 13 de agosto). (Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra mujer, convención reconocida por el sistema jurídico mexicano, en virtud del artículo 133 constitucional y sobre la cual el Estado mexicano no haya realizado alguna reserva que excluya la aplicación de algunos de sus disposiciones, se pondrá en la hipótesis prevista por el artículo 103 de nuestra constitución, al quedar a favor de la gobernada, un derecho público subjetivo con el cual podrá excitar a los Tribunales de la Federación para que entren al estudio de dicha cuestión.

Pero, algo dejamos fuera de nuestro análisis, y es la efectiva demostración, la argumentación de que en verdad dicho Derecho Fundamental fue efectivamente vulnerado o transgredido. Así corresponderá la compulsión entre la conducta señalada como conculcatoria del Derecho Fundamental y por ejemplo lo dispuesto por el artículo primero de dicha Convención Internacional la cual señala que: A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”²³.

De esta comparación entre la hipótesis normativa y la conducta desplegada por la autoridad señalada como responsable, se podrá concluir si dicho acto reclamado efectivamente transgrede el Derecho Fundamental contemplado por la convención internacional señalada y por consiguiente a lo prescrito a la Constitución Federal mexicana. Ahora bien, esta conducta de la autoridad o con mayor precisión, el acto reclamado, “...es la conducta imperativa, positiva u omisiva, de una autoridad estatal nacional, federal, local o municipal, presuntamente violatoria de garantías individuales o de la distribución competencial establecida entre Federación y Estados (*sic* ¿estados?) de la

²³ Asamblea General de Naciones Unidas, (2012, 13 de agosto). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <http://www.undp.org/cu/documentos/genero/CEDAW.pdf>.

República, a la que se opone el quejoso”²⁴. Al respecto el tratadista Carlos Arellano García, señala los siguientes elementos del acto reclamado dentro del juicio de amparo:

I.- El acto reclamado debe corresponder a una conducta imperativa. Por ejemplo la celebración de un contrato de un órgano del Estado con un particular, lo sitúa fuera de la relación de *imperium*, al tratarse una simple relación patrimonial en un plano de coordinación. Lo mismo sucedería con una autoridad que desplegara una conducta fuera de sus atribuciones constitucionales, lo cual la situaría en una condición de ilegalidad, pero no se actualizarían las hipótesis necesarias para la demanda del juicio de amparo, sino en las de una denuncia de carácter penal y/o administrativo.

II.- La conducta de la autoridad puede ser de naturaleza positiva o negativa, es decir, que dependiendo de la naturaleza del Derecho Fundamental en específico de que se trate, se necesitaría una participación del sujeto pasivo por acción o por omisión para incurrir en la inobservancia o violación del Derecho Fundamental.

III.- El acto de autoridad debe corresponder a una autoridad estatal que forme parte de la estructura u organización del poder público, por lo que éste no puede atribuírsele por ejemplo a una organización sindical o una empresa particular.

IV.- Dicha autoridad debe de tener un carácter nacional, ya que el juicio de amparo no puede iniciarse en contra de autoridades extranjeras las cuales se encuentran sujetas a la inmunidad de jurisdicción.

V.- La autoridad presuntamente responsable puede tener el carácter de federal, estatal o municipal, con la advertencia de que sean respetados los distintos ámbitos y atribuciones correspondientes.

Una vez precisados los requisitos de caracterización de una conducta desplegada como un acto de autoridad y después como un acto reclamado a ésta, pasaremos a la que consideramos la parte más importante dentro del escrito de demanda de amparo: Los conceptos de violación. ¿Y por qué consideramos que es tal la importancia de dicha sección del cuerpo de demanda? porque será dentro de este elemento, donde se deberá efectuar una argumentación efectiva, que

²⁴ Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 552.

logre no solo la convicción al juzgador federal, sino que cumpla la teología del juicio de garantías de acuerdo con los principios derivados de la Constitución Federal y los compromisos asumidos ante el derecho de orden convencional.

Hasta antes de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011, la operación para “argumentar” la violación de Garantías Individuales –indirectamente Derechos Fundamentales- era relativamente sencilla, ya que se reducía a una simple operación silogística, lo cual ilustramos con claridad a través del siguiente ejemplo²⁵:

Premisa Mayor: Se viola en perjuicio del suscrito la garantía prevista en el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece lo siguiente: “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.

Premisa Menor: Esto es así, toda vez que por medio de escrito presentado ante el H. Ayuntamiento de Culiacán, solicité pacífica y respetuosamente la reparación de diversas luminarias ubicadas en las inmediaciones del vecindario donde habito, lo cual cae dentro de las atribuciones de la autoridad municipal, prescritas por el artículo 121 inciso a de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, el cual señala que: “Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a).... b) Alumbrado público....”²⁶.

Conclusión: Dado que a la fecha la quejosa no ha recibido contestación de la petición realizada, habiendo transcurrido un tiempo considerable que hace presumir la negativa infundada de la autoridad a otorgar respuesta a mi solicitud, dicho acto de autoridad es violatorio de la garantía específica otorgada por el

²⁵ Contreras Castellanos, Julio Cesar, El juicio de amparo, principios fundamentales y figuras procesales, México, Mac Graw Hill, 2009, p.661.

²⁶ Constitución Política del Estado de Sinaloa, (2012, 13 de agosto). Recuperado de <http://www.congresosinaloa.gob.mx/actividadlegislativa/leyes/zip/constitucion.pdf>.

artículo 8º Constitucional en mi perjuicio. Lo cual a pesar de que el suscrito cumplió con todos los requisitos necesarios para dicha solicitud y de que señalé con toda claridad mi domicilio particular como el sitio donde podría realizarse la notificación del acuerdo correspondiente.

Ahora bien, es absolutamente necesario precisar que

Es evidente que todo escrito de demanda constituye un todo unitario, lo que hace que forzosamente tenga que apreciarse en su conjunto, sin sujetarse al rigorismo –que ni la lógica que ni el derecho pueden autorizar, pues sería contrario a los más elementales principios de éstos- de que precisa y solamente sean tomados como conceptos de violación los que como tales se expresen en un capítulo especial de la demanda²⁷.

Por lo que además de las consideraciones señaladas en la sección de conceptos de violación, deberá ser analizada sistemática y armónicamente con el cuerpo total de la demanda de amparo.

Es hasta la reforma constitucional de junio de 2011, la cual entró en vigor el día 4 de octubre del mismo año, que se genera una radical transformación del juicio de amparo, al convertirse en un medio jurisdiccional de orden constitucional para la protección de Derechos Fundamentales, al cambiar la estructura y contenido del artículo 103 constitucional de la siguiente manera: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”²⁸. De esta forma ya no se tutelan Garantías Individuales sino Derechos Fundamentales.

²⁷ Pérez Dayán, Alberto, *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales y su jurisprudencia*, México, Porrúa, 2003, p. 610.

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2012, 2 de septiembre). Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

Ahora, dicha transformación requiere un cambio de paradigma a la hora de estructurar los conceptos de violación, los cuales de la simple y hasta mecánica operación silogística, transita a la estructura señalada en el siguiente ejemplo:²⁹

1.- Los derechos de respeto a la vida y la integridad de la persona son reconocidos como tales por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que el artículo 29 constitucional lo prevé como un derecho que no puede ser restringido ni suprimido, ya que es inherente a la vida y la dignidad humanas.

2.- Los derechos humanos de respeto a la vida y la integridad de la persona implican que a ésta no puede inferírsele malos tratamientos, torturas, penas infamantes, tormentos o cualquier violencia física o mental por la cual pueda sufrir heridas, menoscabo de su salud física, alteración de su salud psíquica o emocional o en grado extremo la muerte.

3.- En el caso particular la autoridad municipal al realizar la aprehensión del sujeto X, fue golpeado intencionalmente por los agentes de policía y arrojado violentamente a la caja de la patrulla tipo pick up, por lo cual el sujeto X sufrió la quebradura de una costilla, múltiples escoriaciones, raspones y cortadas, además de una lesión grave en su ojo derecho.

4.- La conducta desplegada por los agentes de la policía municipal es incompatible con las obligaciones del Estado y de sus miembros o representantes, de respetar los derechos a la vida y a la integridad personal de los gobernados.

5.- Por lo tanto es indudable que el acto de autoridad señalado, realizado por los agentes de la policía municipal es violatorio de los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal que se encuentran tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo anteriormente señalado, es evidente el cambio operado en los conceptos de violación, donde su argumentación deberá realizarse ya no sobre Garantías

²⁹ Baltazar Robles, German Eduardo, (2012, 1 de septiembre). *Cómo se estructura un concepto de violación con base en derechos humanos*. Recuperado de: <http://amparo-garantias-y-derechos-humanos.coedi.edu.mx/2011/11/estructura-de-un-concepto-de-violacion.html>.

Individuales como acontecía antes de la reforma referida al artículo 103 de nuestra Constitución Federal, sino sobre derechos fundamentales.

Es de enorme trascendencia también la modificación operada en el artículo primero constitucional, el cual hasta antes de la reforma aludida señalaba lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías individuales que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”³⁰. Un artículo constitucional de evidente contenido positivista el cual consideraba a las Garantías Individuales como una concesión graciosa del constituyente originario, más allá de cualquier consideración axiológica.

Ahora bien, después de dicha reforma constitucional dicho dispositivo cuenta con la siguiente redacción:

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....³¹.

Es evidente el tránsito si no a una óptica iusnaturalista, a un positivismo abierto a consideraciones de valor y adherido a las tesis del neoconstitucionalismo donde “...el ideal regulativo que propone a los juristas, viene a ser éste: debe procurarse que el Derecho (nuestros Derechos del Estado Constitucional) cumpla(n) sus

³⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, 158a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 2.

³¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, 166a. ed., México, Porrúa, 2012, pp. 19-20.

promesas en relación con los derechos fundamentales”³². Ya que un cuerpo constitucional que no cumpla con los principios que le dan razón de ser, no pasa de ser un montón de papel inútil, sin el menor contenido moral y sobre todo una pesada carga para los gobernados.

7. La argumentación jurídica.

La consolidación de un Estado democrático incluye mucho más que contar con suficientes mecanismos para elegir a nuestros representantes. La consideración de encontrarnos en él va mucho más allá de lo que digan las mayorías. Un estado democrático se construye no en base a criterios electoralistas o de simple popularidad, sino desde la perspectiva, ya no digamos de la sociedad, ésta siempre será víctima de las diferentes prácticas, si no modas dependiendo de la época en que viva; será el sujeto el que de manera individual le podrá constar ubicarse dentro de una plena democracia: el individuo por necesidad, al entrar en contacto con la dinámica social, es muy común que tienda a notar, dado la naturaleza del ser humano, cierta hostilidad en su interacción con los demás, la cual, muchas de las veces es susceptible de degenerarse en conflictos en los que deba de considerarse una necesaria intervención del Estado.

El derecho, al funcionar como un instrumento regulador de las relaciones sociales, se le advierte en cuanto suelen aparecer problemas en los cuales se encuentren en juego tanto derechos como obligaciones. La unidad mínima de representación del derecho es la norma; ésta como portadora del elemento axiológico tiende a actualizarse en la medida en que las conductas hacen correspondencia con su contenido; situación que deriva en la consideración de que se despliegue el aparato de justicia, involucrando la participación de un juez el cual habrá de decidir sobre la pertinencia de atribuir o de negar las facultades que

³² Atienza, Manuel, (2012, 10 de agosto). Tesis sobre Ferrajoli. Recuperado de: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

dependiendo del caso concreto se deriven. Lo cual significa que cada una de sus decisiones deberá encontrarse presididas por el elemento de la reflexión y del análisis, para así poder dar respuestas a los múltiples problemas que se pongan en su consideración.

La aplicación del derecho va mucho más allá de la simple subsunción de la conducta del individuo al contenido que configura un precepto normativo. Entraña ésta una tarea complicada en la que se tiende a descubrir de forma evidente el carácter del derecho. Podrán existir diferentes posturas sobre el derecho, válidas quizás, pues siempre observar el objeto desde diferentes aristas lo enriquecerá de tal forma que dé lugar a acercarse a su sustancia; sin embargo, no es más que él juez, aún pueda éste ser considerado un autómeta del derecho, que al estar en contacto con las realidades enfrascadas en los casos en concreto, siempre dará cuenta de que, no solo debe de identificársele como la suma de proposiciones que asistidas por el elemento coercitivo tienen un carácter determinante. El juez es quien vive al derecho y es el único que tiene, además de su deber de ejercerlo, es quien también tiene el derecho de cuestionarlo, dado está que no es el único que se dispone y tiene la responsabilidad de hacerlo, sino que nadie puede describir mejor aquello que aquel que ha sido partícipe de sus manifestaciones y experiencias; y por lo tanto aquel, adquiere la capacidad de poder llega a conocer sus texturas y no la simple razón de su existencia. El juzgador advierte que la aplicación del derecho requiere de no nada más echar mano de las normas jurídicas, sino también debe tomar en consideración lo que verdaderamente soporta al derecho: *los principios jurídicos* no deben considerarse como simples ideales de la manera que debe ser el derecho, los principios, si bien es cierto son recogidos de manera expresa a través de algunas norma dentro del sistema jurídico, en realidad no han sido considerados como verdaderos instrumentos para la plena justificación de las decisiones judiciales.

El juzgador sabe que la subsunción de las conductas de los individuos, a la preposición normativa no es, ni nunca ha sido el mejor procedimiento para el otorgamiento de respuestas satisfactorias en la solución de los casos; la justificación de sus decisiones para que tengan ya no el carácter de jurídicas, sino

de legítimas, deberán todas ellas de ser marcadas por el elemento que le hace al sujeto en lo particular sentirse en verdad en un estado democrático: la *argumentación*.

La argumentación es el resultado del proceso interpretativo. La individualización de la norma al caso concreto no es una tarea de ninguna forma independiente de ese proceso; siempre la aplicación de cualquier precepto estará precedido de un trabajo intenso en el que no solamente estará presente la capacidad del juzgador, sino que las decisiones tomadas por éste se encontrarán en total dependencia de la manera en que aquel conciba al derecho. La consideración de que el derecho son los códigos y la jurisprudencia, ha propiciado un ambiente impregnado de rigidez jurídica. La visión positivista dentro de nuestro sistema de justicia más que dotar a quienes son designados para cumplir con la tarea administrar justicia, ha vuelto obsoleto y vicioso la manera de ejecutar las acciones dentro del proceso legal. Situación por demás delicada, ya que nuestras aspiraciones de que se respeten de manera efectiva nuestros derechos fundamentales, no está más que en la sentencia judicial. Mirar al derecho desde un enfoque positivista significa mutilar al derecho, privarle de manera injustificada todo aquello que el mismo pretende lograr. El error más grande que se puede cometer es que reduzcamos al derecho como norma o lo veamos como sinónimo de ley. Y si a ello agregásemos que en la realidad del mundo jurídico se toman decisiones descontextualizadas, esto es, "...de la básica precomprensión que en el ámbito jurídico esa estructura está compuesta por una serie de elementos "dogmáticos", la del sistema de fuentes, las prescripciones sobre métodos de interpretación..."³³ que llega hacerse sin la noción mínima de tales conocimientos.

A la norma, es evidente que no la podemos privar de formar parte del derecho ya que ésta es efectivamente derecho, sin embargo a ésta no le podemos atribuir de ninguna manera que juegue con un carácter determinante dentro del proceso interpretativo. A la norma solo le podremos dar el papel de representante del

³³ Sanz Burgos, Raul, 2010, "Sobre la interpretación de los derechos fundamentales", en Maqueda Abreu, Consuelo y Martínez Bullé Goyri, Victor, (coords), *Derechos Humanos. Temas y problemas*, México, UNAM, p. 352.

derecho. Esto es, la existencia de un sistema regulador de conductas no tiene otro origen que la interpretación que de la realidad hace el legislador. La necesidad de regular determinadas conductas de los individuos propicia el ambiente para decidir el nacimiento de nuevos derechos y obligaciones. Estos son derivaciones de las valoraciones que cierta comunidad tiene respecto de los distintos fenómenos que presencia. El legislador, después de un proceso de discriminación, recoge aquello que considera prudente para el logro de los fines que la sociedad pretende alcanzar. Un precepto normativo no es más que el resultado de este proceso deliberativo al que el legislador se somete; figurando la norma como portadora del contenido valorativo que sobre los distintos factores que entran en la dinámica social tiene.

Para nuestro análisis será imprescindible considerar la importancia del *lenguaje natural* y el *lenguaje jurídico*. A éste lo podíamos considerar únicamente como derivación del primero, pues éste se caracterizaba por el uso de un léxico particular que le daba su respectivo carácter de jurídico. La norma como portadora del elemento valorativo requiere para ello la utilización del lenguaje no nada más natural, sino también del jurídico. Es el conjunto de oraciones las que conformarán el contenido del precepto normativo. La norma es solo el envase que se encarga de portar todo lo que el legislador valore como merecedor de que sea recogido por aquella. La norma funciona como agente oficial para que el derecho tenga la oportunidad de proyectarse, de asomarse para de esa forma pueda aspirar a una identidad de manera concreta. Y es solamente con el lenguaje que puede lograrlo, con qué otra cosa podríamos hacerlo, si lo que se requiere es que exista un proceso de comunicación, entre el (Estado y la sociedad), y el lenguaje es su imprescindible vehículo.

La tarea interpretativa la ubicamos directamente al contenido normativo, el cual es como ya dijimos materializado a través del lenguaje; la interpretación será entonces traspasar, ir sobre aquello que las palabras parezcan expresar; más no, aclaramos, en sí, que de manera inalterable pronuncien. El lenguaje es un medio del derecho para sus propósitos más no lo es de forma infalible; jamás funcionará como un espejo, que simplemente refleje todo aquello que deseamos que lo haga.

Se aproximará, y quizás lo estará muy cerca, más nunca lo logrará plasmar tal cual las intenciones del legislador. Y, además, quién podría decir si las intenciones del legislador son las legítimas expresiones que de la realidad quiere expresar; debe tenerse en cuenta que la interpretación hecha por quienes suponen representar nuestros intereses (legislador) es susceptible de no corresponder con los fenómenos sujetos de análisis.

La norma, es apenas la luz del sol que se deja ver para iluminar los caminos rectores de lo que consideramos las mejores conductas; tras ella se esconde su amplia totalidad. Alcanzamos a ver solo una parte del todo. Los preceptos legales se presentan para hablarnos de que el derecho está ahí, siendo representado, más no lo hace de cuerpo completo.

El trasfondo de la norma del que hablamos podrá apenas ser alcanzado si no nos conformamos con una simple interpretación literal del texto normativo. Cuando hablamos de ésta, es decir que las decisiones judiciales son basadas en un proceso frío, mecánico, que el intérprete hace para dar respuesta al caso en concreto. La norma es verdad que quizás se actualice, que encuadre cierta conducta con lo que aquella propone; sin embargo, esto lo apreciaremos solamente de una forma superficial y vaga, careciente de otorgarle al derecho la oportunidad de que se manifieste, de que ahora sí podamos afirmar que el derecho se actualiza.

Una decisión judicial únicamente tendrá el valor, ya no digamos de legal, éste lo tiene ya desde el momento en que se presentan las pertinentes condiciones para serlo, sino el valor de legítima, que es en verdad lo que se busca, solo si es justificado a través de los argumentos esgrimidos durante el proceso interpretativo. La argumentación en realidad, como dice Ribeiro Toral, no es sinónimo de interpretar, sino es al mismo tiempo interpretar. Dentro de la interpretación es innegable que deben hacerse diferentes valoraciones y hasta tomar decisiones para que lleguemos a una u otra conclusión. Discriminamos aquello que no nos parece argumentando por lo que decidimos quedarnos. Argumentar es decir eso mismo, es dar los porqués de las conclusiones a las cuales llegamos.

La argumentación jurídica solo es posible si la interpretación es consecuencia de qué tanto el juez se adentre a la norma, de que descubra todos esos principios jurídicos que le dan vida al derecho. Los principios jurídicos a diferencia de lo que se pudiera pensar, no son normas, sino máximas de las cuales pende el derecho. Son los puntos que le hacen sostener los hilos que permiten tejer todo un sistema jurídico, los cuales una vez que se comete el error de perderlos de vista ocasionan que el derecho pierda firmeza y por lo tanto que se agrieten las paredes del imperio de la justicia que representa la fuente de la existencia del mismo derecho. Y será a través del lenguaje, como trataremos de dar un significado claro a los principios jurídicos, los cuales por su naturaleza filosófica requieren de un tratamiento, de una operación dentro del lenguaje que nos permitan que aquellos cumplan con su elevada función, de ser faro que guíe al Derecho y al juez en la eterna lucha por el establecimiento de un orden justo.

8. El Derecho y el lenguaje.

Al Derecho siempre tiende a advertírsele en su forma más inmediata, en su forma más concreta, esto es, un instrumento que se pudiera decir ha conferido al hombre la oportunidad de realizarse en casi todos los ámbitos que lo llevan a su pleno desarrollo; su vida en sociedad, sus conocimientos sobre las diferentes ramas de la ciencia, hasta el interactuar necesario de la vida cotidiana con los demás, pero la realización de dichos fines no serían posibles sin el concurso del *lenguaje*, esto, "...a hasta tal punto que se ha llegado a discutir si fue el lenguaje el que nació de la sociedad o fue la sociedad la que nació del lenguaje"³⁴.

Estaremos de acuerdo, que en casi todas las formas de manifestación del derecho éste no encuentra otra manera de expresión que no sea a través del lenguaje; el conjunto de individuos involucrados en los quehaceres de la justicia, el derecho, así como de manera general quienes sean los destinatarios del

³⁴ Seco, Rafael, *Manual de gramática Española*, Durango, Universidad Juárez de Durango, 1954, p.4.

conjunto de prescripciones y facultades que constituyen un sistema jurídico; tienden a descubrirlo, a enterarse de su contenido, ya sea de manera oral o escrita, solo a través del lenguaje: el juez aplicador del derecho, el litigante, el investigador de esta ciencia, el obrero, conoce del sistema regulador de conducta mediante este instrumento. Por tanto, el lenguaje representa la aproximación más directa que tanto la comunidad jurídica y el individuo común pueda tener con la ley, con su sistema regulador de conducta.

Sin embargo, esta materialidad en la que se traduce el derecho puede resultar algunas veces susceptible de carecer uno de los elementos indispensables dentro de la comunicación, esto es, el de la claridad: el conjunto de normas que se encuentran dirigidas al individuo, no tienen otra función que la de invitarlo, si no de obligarlo, a que se conduzca con respecto a sus semejantes de determinada forma, esto nada más es posible mediante un *proceso de comunicación* el cual tiene como único vehículo para su tarea al mismo lenguaje.

No obstante que en muchas ocasiones puede resultar el mensaje de la ley lo suficientemente claro como para entender su contenido y así adoptar ciertas actitudes, no siempre esto es igual dado que pueden existir interferencias dentro del proceso comunicativo derivadas todas estas de las diferentes características que constituyen la naturaleza del lenguaje, generando una situación de incertidumbre respecto al contenido del mensaje. De esta forma podemos decir, que el lenguaje se traduce en el *medio* por virtud del cual se establece un proceso de comunicación, entre un sujeto llamado *emisor* y otro llamado *receptor*; al primero, por su misma *función* dentro este proceso que es la de pretender que la otra parte a quien va dirigido el mensaje realice algo, sería la ley, con respecto al segundo, se lo atribuiríamos a toda la comunidad cuyo conducta habrá de regularse para efectos de los fines de un Estado.

De lo anterior resulta, que siendo el mismo lenguaje el generador de la interacción de los elementos antes aludidos (emisor y receptor), habremos de decir que de la calidad de la forma en que el mensaje se encuentre expresado, dependerá si efectivamente el proceso comunicativo cumplió con su cometido que es el de provocar una reacción ya sea en un sentido positivo o ya sea en

sentido negativo. Por lo tanto, conocer cuáles son las características que constituyen la naturaleza misma del lenguaje, hará que podamos entender mejor cuáles son los factores que influyen para que se pueda dar de manera eficaz dicho proceso, asunto por demás importante dentro de nuestro sistema regulador, pues si éste es claro y elocuente, la posibilidad de entenderlo hacia aquél al que va destinado, (la sociedad) será mayor. Pero, antes de pasar a señalar tales particularidades y que habrán de ser el punto de partida para el análisis siguiente el cual es la distinción entre el *lenguaje común* y *lenguaje jurídico*, pasaremos antes hacer una breve aclaración de aquello que configura a la comunicación, para efectos de ilustrar de manera más sencilla las funciones desempeñadas, imprescindibles del lenguaje.

El modelo general del proceso comunicativo se compone de seis elementos, cada uno de los cuales cumple con una función de acuerdo con su naturaleza misma; considerados todos de tal forma imprescindibles que si faltase alguno de ellos la tarea comunicativa quedaría únicamente como un intento de su realización. Así, tenemos que,

Un emisor elabora un mensaje y lo convierte en una señal o conjunto de señales dirigidas a un receptor. Este mensaje hace alusión a alguna realidad (física o mental, externa al emisor o interna, etc.) es decir, tiene un referente. Además, el mensaje ha de viajar a través de un medio físico o canal de transmisión y, finalmente, tanto el emisor como el receptor tienen que poseer la clave o código que les permita, por un lado, la elaboración de la señal, y por el otro, su interpretación o decodificación³⁵.

Como se observa, cada uno de los elementos juega un *papel* que, más allá de la posición que mantienen cada uno de ellos en el acto de comunicación, genera en esencia su labor misma, esto es a lo que comúnmente se le llama *funciones del lenguaje*. “Cada uno de los elementos lleva asociada la posibilidad de que los mensajes queden caracterizados de una manera diferente, según la dominancia

³⁵ Tuson Valls, Jesús. *Introducción al lenguaje*, UoC, 2003, p. 41.

de uno de los elementos por encima de los demás”³⁶; esto, podríamos hacerlo más claro mediante el siguiente ejemplo:

Supongamos encontrarnos en una conferencia, en la cual el exponente somos nosotros, por lo que como tales nos limitamos a enseñar lo que sabemos: (...el presidente de la república tiene la facultad del veto...) evidentemente nuestra actuación se concentra en proporcionar una información, es decir, la función que estamos realizando es puramente *referencial* puesto que esta función prevalece sobre las demás. En cambio, si nos encontrásemos en la misma situación, pero esta vez lo hiciésemos con la intención de recitar un poema de Neruda: “Puedo escribir los versos más tristes esta noche. Escribir, por ejemplo: «La noche está estrellada, y tiritan, azules, los astros, a lo lejos.” Aquí la función del lenguaje que prevalecería sería la *poética*, pues ahora el acto comunicativo no tendría como intención dar alguna información (*referencial*), sino más bien lograr un efecto en el receptor, emotivo. Sin embargo, no es precisamente esta función propia de expresar versos y poemas, sino, de que todo lo que se diga adquiera sentido por los énfasis de las oraciones que pronunciemos; no sería lo mismo *Carlos, siéntate por favor* a que podamos decir ¡Carlos, siéntate por favor! Como vemos, la misma frase, de acuerdo al énfasis empleado, será el sentido que le atribuiremos a la oración, y por consiguiente la función predominante.

La función *conativa* referida al receptor, a la que preferiríamos llamarle *apelativa* pues de lo que se trata es de apelar a que aquel, o sea receptor, realice una conducta ya fuere ésta en sentido positivo o ya en sentido negativo; ejemplo de ello sería: ¡Anita, lava los trastes!. Como se ve, el emisor pretende que Anita realice una conducta, (lavar los trastes). Sin embargo, la función no se limita al uso de los imperativos; también apelar a que el emisor haga u omita ciertas conductas lo podemos observar cuando de manera cándida o despistada, decimos algunas palabras aparentemente no dirigidas al receptor, situación muy común cuando decimos: ¡hace calor!, ¡me siento cansado!, de esta manera, indirectamente se espera que el receptor emita sobre tal comentario una respuesta. Así, no

³⁶ *Ibidem*, p. 43.

necesariamente tiene que predominar dentro de esta función el uso de los verbos imperativos.

La función *fáctica* genera la posibilidad de que los extremos dentro del proceso comunicativo, tengan la certeza de encontrarse en sintonía, es decir, que el mensaje se esté llevando a cabo. Ejemplo de ello sería especialmente cuando hablamos por teléfono: *¿cómo dices?, ¡habla más fuerte que no te entiendo!*, interjecciones tales como *mmm*, o *psss*, resultan ser los comprobadores de que el canal de comunicación no se obstruya, y así la continuación del intercambio de información. La función *metalingüística* tiene como objetivo al lenguaje mismo. Cuando, por ejemplo, nos encontramos inmersos en un diálogo y nuestro emisor profiere alguna oración dentro de la cual una de sus palabras no nos resulta familiar, lo que hacemos, para aclarar tal expresión, es preguntar a qué se refiere con ella; ejemplo: *¡el creyente se prosternó ante su ídolo!*, *¡mmm, ¿qué significa prosternar?* Vemos, entonces, que el receptor no entendió bien sobre el código empleado por el emisor y procura aclararlo, *empleando el lenguaje para el lenguaje*.

Tenemos que, si bien el proceso de comunicación tiene, como ya se dijo, como medio al lenguaje, el conjunto de caracteres que lo componen y su respectiva combinación; éste, desprovisto de las actitudes del hablante, es decir, de la intención con la cual un mensaje es enviado, carecería éste de sustantividad, y por consiguiente de significación.

9. El lenguaje común.

Hemos hecho ya algunas consideraciones del proceso comunicativo, las cuales, han servido para visualizar los factores intervinientes dentro de tal acto, el cual constituye el (marco) de la expresión del lenguaje. Ahora, como antes se advirtió, pasaremos a hacer referencia sobre los aspectos más relevantes del lenguaje. Sin embargo, para efectos de nuestra presente labor, que recordemos es la de estudiar al lenguaje empleado por el jurista, habremos de advertir entonces que el lenguaje es susceptible de dividirse de acuerdo al tipo de léxico predominante

dentro de éste. Esto es, podemos reconocer entre un lenguaje común y un lenguaje técnico.

Cuando nos surge la necesidad, por ejemplo de acudir con el médico y nos explica nuestro padecimiento, generalmente éste tiende hacerlo en un lenguaje el cual no nos suena nada familiar, para posteriormente explicárnoslo de acuerdo a nuestra manera de entender según el médico que nos está atendiendo, es decir, lo hace en términos que él supone nosotros manejamos, a esto se le conoce como términos coloquiales o mejor dicho, el *lenguaje común*; pues el médico de acuerdo a aquello que ha estudiado y supone conocer con profundidad, hace que muchos de los términos empleados ignoremos. Manejando entonces aquél un léxico especializado, o digámoslo técnico. Así, tanto el médico, el psicólogo, el ingeniero, dado su conocimiento especializados, siempre tenderá a emplear vocablos que establezcan una diferenciación marcada sobre el lenguaje común o natural, del lenguaje técnico. Sin embargo, todo lenguaje que el especialista maneje, (el arquitecto, el sociólogo, el abogado) necesariamente, habrá de desarrollarse de manera imprescindible a través del lenguaje común.

El lenguaje, según los propósitos del hablante, ya sea éste en su manifestación oral, o escrita, se materializa a través de la combinación de un conjunto de signos los cuales en su unidad conforman lo que comúnmente llamamos palabras o vocablos. Sin embargo, su conformación sabemos, no suele ser la simple ejecución de mezcla de símbolos, su conformación deriva de un proceso mental, el cual necesariamente precede en el establecimiento de cualquier vocablo. Encontrándose cualquier unidad de signos condicionada por la previa atribución de significado que el hablante o quien piensa, establece.

Todo aquel que use al lenguaje para comunicarse, incluso hay quienes dicen también para pensar, habrá de encontrarse predispuesto por un conjunto de factores socio-culturales que degeneren en un conocimiento. Conocimiento entonces, que le habrá de servir para comunicarse, puesto que el lenguaje, que se materializa a través de signos, deberá a cada una de estas combinaciones atribuirles un significado, el cual representará la esencia misma de la palabra, está entendida como el resultado de aquellas combinaciones. En sí, cada vocablo,

cada unidad de caracteres, sin la representación que el sujeto hace mediante el proceso mental, se reduce simple y sencillamente a un conjunto de grafías o ecos que carecerán de vida, esto es, de un propósito: el de *representar*.

Sin embargo, el sentido atribuido de cada unidad de caracteres, no solamente puede dársele aisladamente, es decir, en plena autonomía con otras más (palabras). La significación de cada vocablo también tiende a ser condicionado por el *contexto* en el cual la expresión, ya no goza de autonomía plena, sino que su sentido se encuentra en interdependencia con el de las demás. El contexto entonces, establecido el proceso de comunicación, otorga en la mayoría de las veces, la significación del término.

La contextualidad es marcada por el conjunto de oraciones que de manera organizada constituyen el texto. La oración vendría siendo la unidad mínima de información (lo cual más adelante lo aclararemos, pues en sí no posee un auténtico significado), que en relación con otras mismas de forma coherente suelen hacer del texto, no simplemente un conjunto de meros vocablos agrupados, sino que a la luz de todo aquel que se acerque a él, posee la realización plena de su mera existencia (el discurso), el cual más adelante tendremos oportunidad de mencionarlo de manera detallada.

Cada preposición (enunciado), que algunos dirán que su significación goza de independencia respecto a las demás, nosotros diríamos que cada oración, de acuerdo al sentido que el creador del texto quiera dar, no recreará un sentido propio como lo señala Ribeiro Toral en su libro *teoría de la argumentación*, cuando describe a la preposición "...como la unidad básica de significación más pequeña del lenguaje organizado gramaticalmente." Sino que ésta también, al igual que las palabras, en un contexto determinado, adquiere sentido únicamente con su relación con los demás oraciones, que si bien son ideas del hablante, en sí, no representan algo acabado de significación. Esto es, la intención de aquel que busque plasmar cualquier idea, está bien, lo tendrá que hacer sólo mediante aquellas, pero, esa idea pretendida, susceptible de plasmar, será el resultado de la interdependencia existente del conjunto de oraciones combinadas.

10. Las funciones lógicas de la gramática.

Ahora, el pretender comunicarnos haciendo uso del lenguaje, no es en absoluto una labor que prescinda de la presencia de un conjunto de reglas. El lenguaje supone ser, también esto. Expresarnos de manera coherente y por lo tanto clara, prevé el respeto de diferentes tipos de reglas gramaticales; “El estudio de los sonidos que constituyen el lenguaje hablado (fonética), y las reglas referentes a la escritura correcta (ortografía), si se refieren a la lengua, caen, sin embargo, fuera de la que propiamente es gramática: las relaciones entre el pensamiento y el idioma”³⁷. Sin embargo, a pesar de su importancia para el manejo correcto del lenguaje, tiende a ser discriminada en cuanto se considera que con el simple hecho de hacernos de un léxico, el cual se adquiere desde la infancia, es suficiente para expresarnos de manera eficiente; pues, “... la lengua está tan inmediatamente unida a la conciencia del individuo que es muy difícil que éste se coloque ante sí mismo objetivamente, para, en cierto modo, observarse desde fuera”³⁸.

Nada más absurdo que pensar en que ello, dado que lo que decimos, si bien es reflejo de lo que pensamos; en el acto comunicativo, no siempre es entendido el mensaje de acuerdo con lo que el emisor quiso que el receptor entendiera, sino que éste decodifica el mensaje de acuerdo a la manera en que se encuentra formulado. Por lo tanto, para que exista total coincidencia, se requerirá que el mensaje sea claro para su destinatario; esto entonces requerirá de conocer reglas gramaticales a fin de que podamos eficientemente expresar aquello que deseemos decir.

De esta forma, para hacer un buen uso de nuestro idioma habremos de estudiar sus formas y la manera de articulación, temas propios de las partes en que la gramática de manera general suele dividirse: la morfología y la sintaxis. Cuando se pretende entonces conocer el idioma, necesariamente lo tenemos que hacer partiendo de su mínima unidad lingüística en que éste tiende a expresarse.

³⁷ Seco, Rafael, *op. cit.*, nota 34, p. 9.

³⁸ *Ibidem*, p. 4.

Anteriormente hablábamos sobre los vocablos y de las oraciones, dijimos sobre las primeras constituían ser un conjunto de signos que de manera articulada, de acuerdo a nuestro entorno cultural-histórico, solían evocar una idea o concepto; sobre las segundas, aquéllas son la unidad mínima de información las cuales tienden a decidir la contextualidad. De aquí pensar, comúnmente se suele cometer este error, que de lo cual se habrá de partir para estudiar el lenguaje, se deba hacer desde estudio de la *palabra*. Pues solemos los seres humanos, generalmente, atender a las formas y no precisamente a su significación, o en este caso el papel que un vocablo juega dentro de la oración. La palabra, si bien es cierto es el envase del concepto o la idea, como ya lo decíamos anteriormente, ésta por sí sola en la textualidad suele poco importarnos. La oración, no obstante a que dijimos que también su idea responde a la intención del hablante, ésta tienden al menos a evocar las intenciones de la idea central en que se da la realización de un texto. Por esta razón, para el estudio del lenguaje, la *oración* resulta ser el elemento principal que tendremos que analizar para la mejor comprensión.

Cualquier juicio que deseemos emitir, a través del lenguaje, responderá necesariamente al señalamiento de un sujeto y de aquello que se pretende decir del sujeto, es decir del predicado. Por tal razón, la expresión de nuestros pensamientos se resumirá en estos dos. Así, hablar de la *silla* no se limitará a la pronunciación del mismo vocablo, sino que de ella se podrá decir si esta es blanca, café, o rosa, o si es bonita, o simplemente si tiene un dueño; es decir, a todo *juicio realizado* mediante el idioma, es susceptible de atribuírsele un sujeto y un predicado.

Sin embargo, las partes en que la oración se divide no es limitada por el señalamiento de estas dos, (sujeto y predicado) estas representan solo de manera general a las demás; ambos,

Pueden venir expresados por una o varias palabras, cuantas sean necesarias para la expresión perfecta de los conceptos relacionados...pero, esencialmente, las afirmaciones contenidas en el predicado versan sobre objetos –personas, animales, cosas materiales e inmateriales, que penetran en nuestro mundo

interior o exterior-, mientras que lo que de estos se afirma es alguna propiedad, cambio, modificación, alteración o estado que nuestra mente aprecie en ellos³⁹.

Por consiguiente, del *sujeto* y *predicado*, se desprenden un conjunto de elementos que interactúan dentro del marco de su presencia dentro del texto; "...según las diversas funciones gramaticales, son nueve las partes de la oración: el sustantivo o nombre, el adjetivo, el pronombre, el artículo, el verbo, el adverbio, la preposición, la conjunción y la interjección..."⁴⁰.

Anteriormente, comentábamos sobre el proceso comunicativo y de aquello que constituía la naturaleza de cada uno de los factores intervinientes en tal proceso. Decíamos, que de acuerdo al predominio, a la intensidad de la fuerza con que entrara alguno de los factores respecto a los demás, sería determinante para colocar al hablante en una u otra posición; esto es, se daría cuenta de cuál sería la función predominante en la ejecución del lenguaje. Ahora bien, decíamos también que la unidad mínima de información, para el estudio del lenguaje, era la oración; como lo acabamos de decir, es la realización de nuestros pensamientos, de nuestras ideas que de manera estructurada da cuenta la oración. Estando de acuerdo en ello, diremos que todas las oraciones que nazcan de nuestro pensamiento, habrán de ser vistas de manera diferente, esto en vista de la intención del hablante, de las función predominante del lenguaje dentro del proceso comunicativo; es decir, la oración será vista en atención a su sentido: ya fuere éste, interrogativo, informativo, expresivo, y los demás que se deriven de las capacidades del hablante. Por lo tanto, nos resulta conveniente hacer alusión a la manera en que estas pueden clasificarse. De acuerdo a Ribeiro Toral hablamos de:

- A. *Proposiciones oracionales aseverativas*: son aquellos enunciados que afirman o niegan una realidad.
- B. *Proposiciones oracionales informativas*: son aquellos enunciados que proporcionan datos acerca de un objeto o un hecho.

³⁹ *Ibídem*, p.7.

⁴⁰ *Ibídem*, p.8.

- C. *Proposiciones oracionales descriptivas*: son aquellas que hacen un recuento de las características de un objeto o hecho de manera particular (desde una perspectiva teórica, por ejemplo) o de manera general (sin discriminar puntos de vista).
- D. *Proposiciones oracionales prescriptivas*: son aquellos enunciados que imponen una conducta o esperan que el oyente acepte la conducta propuesta.
- E. *Proposiciones oracionales performativas*: son aquellos enunciados que modifican las condiciones (jurídicas) del mundo, es decir, modifican las relaciones sociales de la comunidad.
- F. *Proposiciones oracionales interrogativas*: son aquellos enunciados que interpelan por un objeto o un hecho.
- G. *Proposiciones oracionales expresivas*: son enunciados que muestran una emoción.⁴¹

Como podemos ver, cada una de las clasificaciones nos permiten de manera más sensible, a diferencia de si solamente lo vemos a través de las funciones del lenguaje, analizar el tipo de información que se intercambia en el proceso de comunicación; el cual, no es más que fruto de nuestros juicios: el emisor, así como el receptor, son los responsables del tipo de producción oracional que se lleve como portadoras del sustento del mensaje.

11. Lenguaje jurídico.

Anteriormente establecimos la diferencia entre el lenguaje común y el lenguaje técnico. Del primero comentamos que es aquél no privativo de alguna comunidad específica de hablantes, sino lo contrario, éste suele ser el que engloba a todos los miembros de la sociedad; del segundo dijimos que es propio de un determinado grupo de individuos los cuales dados sus conocimientos especializados en determinada materia, se hacen de un léxico no común al que

⁴¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdez, 2003, p.45.

suele manejar el resto de la comunidad de hablantes. Ahora bien, el lenguaje natural, también decíamos, al funcionar como un instrumento de comunicación hace posible que las intenciones del hablante puedan transmitirse, las cuales a su vez, podemos decir son portadores de un referente: los juicios que el individuo realiza y ejecuta a través del lenguaje son el resultado de la percepción que aquel tiene de la realidad; por lo tanto debemos decir que el lenguaje tiene como propósito el representar la realidad de acuerdo como el individuo la percibe.

Entonces, si el lenguaje técnico es una especie del lenguaje común, habremos de decir que el referente de aquel, es el mismo de éste. Es decir, el lenguaje hablando en términos generales, es el resultado de lo que el sujeto alcanza a percibir del medio que lo rodea. El sujeto si bien es cierto podrá decir que encuentra referentes con una calidad física, no deja de hacer de ellos a la hora de referirlos juicios sobre el; le atribuimos a las cosas valores que consideramos tienen. Las palabras en sí, son nada más consideraciones que suponemos de determinados objetos.

El lenguaje jurídico al ser una derivación del lenguaje común tiende entonces a padecer la misma indeterminación sobre su referente objetual de lo que pretende designar. Esta situación, en el lenguaje jurídico la podemos hacer más evidente, pues su objetivo no son precisamente objetos, que como ya dijimos las palabras son simples interpretaciones de estos, sino derechos y obligaciones.

En el lenguaje común se hace una distinción entre sustantivos concretos y sustantivos abstractos, sin embargo, esta distinción la podemos considerar, en nuestra opinión, solamente como para fines prácticos, para lograr que entendamos de forma aparente nuestro idioma, podemos ubicarlos todos como abstractos. Los derechos y deberes son estos sustantivos abstractos. ¿Qué es un derecho? Lo que para mí puede resultar un derecho para otro puede tornarse sinónimo de libertinaje; de la misma forma los deberes, para otros pueden resultar formas despóticas de sugerir ciertas conductas de los individuos. Por lo tanto así como el lenguaje común es simple interpretación de lo que suele estar en la realidad en consideración del sujeto, el lenguaje jurídico también es solamente una interpretación de aquello considerado como derechos y como deberes y por ello

en este lenguaje se hace aún más palpable la condición relativa del lenguaje corriente.

Existen diversas corrientes que dicen lo contrario, y pretenden éstas otorgarles a derechos y obligaciones, un referente de ellos tangible. Tal es el caso del positivismo de Austin para el cual

Tener un deber, no es otra cosa que estar bajo el mandato de otra persona o de un grupo de personas; y esto significa recibir la intimación del deseo de otra persona que tiene el poder y el propósito de causar un mal si el hecho deseado no se realiza. El concepto de derecho subjetivo, a su vez, es definido por el deber. Todo derecho subjetivo descansa sobre un deber; un derecho es un corolario de un deber; es conferido mediante la imposición de un deber.⁴²

La búsqueda de encontrar tales derechos y deberes en las relaciones de los individuos es tan estéril como el considerar encontrar el dinero mismo en un cheque; éste simplemente tiene la función de representar tal cantidad de dinero. Al dinero no lo podemos tocar, sentir, hacer un uso directo de él; ni siquiera aún, en el caso de que pudiéramos tenerlo en nuestras manos, si estuviéramos en un país en el cual prevaleciera el caos (guerra) el dinero no tendría valor alguno, pues éste se encuentra condicionado por la significación que la comunidad de ese país le atribuye, para efectos de que desempeñe una función que es precisamente la de representar cierto valor. Por ello los derechos y los deberes de cualquier sistema jurídico, no son más que simples derivaciones de las percepciones que el conjunto de individuos de una sociedad se ve en la necesidad de concebir, esto de ninguna forma quiere decir que los invente, ni tampoco de que las cosas no tengan en sí una corporeidad, sino que el sujeto haga de ellas, en cuanto las percibe, su identidad misma.

Ya Kelsen en su teoría pura del derecho expresaba, en su afán de considerar a la norma como derecho, indirectamente decía que el legislador le atribuía a las conductas de los individuos un calificativo, es decir las caracterizaba de tal forma que una conducta cualquiera podía ser vista en cuanto el legislador lo interpretase de tal forma, derechos, obligaciones. En sí estos para Kelsen son interpretaciones

⁴² Olivecroma, Karl, *Lenguaje jurídico y Realidad*, México, BEFDP, 2007, p.13.

del legislador, a lo que el suele considerar como susceptible a ser regulado, a ser contemplado por un sistema jurídico. Más aún, cuando se le cuestionó al propio Kelsen sobre la manera en que decía que su sistema de normas se retroalimentaba, contestó que aquél era producto de las consideraciones sobre que de la realidad tenía entonces el constituyente.

Por ello decimos que el *lenguaje jurídico no representa a la realidad misma sino este es solamente un reflejo de lo que se entiende por ella*. Se podría pensar con esto, que el mismo texto en que se vierte el derecho, (leyes, decretos, jurisprudencia, sentencias, contratos, doctrina) hace de una vez y para siempre lo que de la realidad suponemos decir. El texto no es más que el cuerpo que se encarga de materializar el espíritu de las ideas del hablante. Anteriormente decíamos que nuestros juicios mientras no fuesen expresados ya fuere que lo hiciésemos de manera verbal o escrita, se quedarían estos en simples pensamientos carecientes de trascendencia, pues si bien es cierto para sí, dentro de nuestra persona suelen ser los condicionantes de nuestra actitud, para provocar acciones, que es de lo que se trata el proceso comunicativo, no tendrían sentido alguno. Ocupamos de la independencia de nuestros pensamientos para que puedan asirse de la mente de otros, y de esta forma puedan cumplir con el encargo del hablante: sus intenciones.

El texto entonces se presenta como la oportunidad del receptor para conocer de forma acabada todo lo que pretende el emisor que aquel sepa. No obstante ello, éste solo es el condicionante para que se dé lo que verdaderamente le llevará a cumplir labor. Será la *discursividad* la que en última instancia fije de forma abstracta un sentido tentativo al texto. Ésta viene siendo la relación que existe entre el emisor y el receptor. Una vez que el segundo se ha puesto en contacto de manera directa con el texto, le atribuye sentido, va descubriendo la revelación tanto del texto como de sus propias percepciones. El sujeto no lee tal cual lo que el autor de las líneas de un texto dice, sino lo hace siempre bajo su propia óptica; esto es, el sujeto va creando el sentido del texto una vez que se involucra con él. La cultura y la formación a lo largo de la vida del individuo, lo predisponen para hacer su propia concepción de cada una de las formas en que se tiende a

expresar el mundo que lo rodea, colocándose ante él tal cual el interiormente lo desea. Por lo tanto, se necesita de esta relación (discursividad) para que un cuerpo de ideas, las del emisor y las del receptor sean la chispa que enciendan un generador el cual arroje luz a lo que el sujeto quiera descubrir.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de esta forma se presenta como un terreno pantanoso, que dista mucho de poseer la firmeza que muchos de los positivistas desearían que tuviera. El derecho es dinámico, no se limita a presentarse en los textos, ésta es solo la manera en que ocupa presentarse, necesita un cuerpo del cual puedan deducirse sus variantes y de esta forma proponer su contenido. Las proposiciones jurídicas es verdad que fueron el fruto de una voluntad y de que ésta se encuentra plasmada en el texto de una norma, sin embargo ello no significa que aquel al que vaya dirigida lo entienda de igual manera, lo que se dice es una interpretación literal; una vez creada la norma esta ahora tendrá un carácter independiente del alcance del legislador, dejándole al lenguaje la tarea de comunicar su mensaje, no obstante no se reduce a ello que en verdad aquel se entienda. Es necesario la interacción entre la preposición, (texto de la norma) y el sujeto al cual se dirige; no se trata de que éste le atribuya significado alguno, descubra su sentido, nada de eso, sino de construir la solidificación del derecho a la luz de las diferentes concepciones culturales de la sociedad a la cual el individuo pertenezca, así como su propia identidad.

La discursividad de esta forma se presenta como el fenómeno creador del derecho. La encargada de sugerir todo lo que la naturaleza del derecho esté dispuesta a demostrar. Con ella se desentraña hasta lo inimaginable quizás de aquello que el legislador pretendió alguna vez proyectar a través del texto jurídico. Ella significa *la línea más delgada entre el ser y no ser del derecho*. El texto por sí mismo solo es un cuerpo sin vida. El sujeto que la reciba, le inyectará vida y de ella surgirá algo más que el conjunto de oraciones que le provean forma a un texto.

La interpretación literal de cualquier forma de expresión del derecho no existe; cualquier línea que tenga como tarea recrear al derecho es distinta a la que se pretendió plasmar, forma parte ahora del universo de sentidos a los que está

susceptible de atribuirse. Es cierto que de forma inmediata, muchas veces podemos hablar del significado de un precepto, sin embargo, éste solo es una ilusión de la profundidad inalcanzable de lo que se presenta en ella. Esta ilusión por ello de ninguna manera deberá tomársele en serio, habrán de tomarse en consideración muchos más factores que la simple apariencia de la norma.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar una de las características más peculiares del lenguaje jurídico, y es que éste además concebírsele en su forma tradicional, como base para la existencia de las disposiciones, tiende a advertírsele también como generador de las más ordinarias relaciones entre los individuos.

En nuestra vida diaria, sin percatarnos de ello, solemos realizar actos jurídicos; cuando vamos al supermercado, pagamos una deuda, o simplemente nos comprometemos en realizar una tarea en beneficio de otra persona, generamos con estas simples acciones derechos y deberes; la forma de vida en sociedad es de por sí un acto jurídico, estamos cambiando de manera constante nuestro estatus. Todo ello lo llevamos a cabo solamente con la pronunciación de algunas cuantas palabras, que empleadas por supuesto en una forma correcta parecerían, como lo señala Olivecroma, ser las portadoras de un elemento sobrenatural que hiciese surgir como por arte de “magia” vínculos entre los individuos capaces de coartar nuestra libertad, tornándose todas nuestras acciones en total independencia de acuerdo al establecimiento estas relaciones. “...las expresiones realizativas jurídicas tienen un efecto creador. De acuerdo con nuestra manera de pensar, derechos, deberes y calidades jurídicas son creados, cambiados o suprimidos mediante la formulación de estas frases. De esta manera se realiza el negocio jurídico”⁴³.

De esta forma

El propósito de todas las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social

⁴³ *Ibíd*em, p.42.

y de comunicación social. Podemos llamarlo lenguaje *directivo*, por oposición al lenguaje *informativo*. Conviene destacar esta distinción, pues nuestro inveterado hábito de considerar al lenguaje primordialmente como un medio para describir hechos, conduce fácilmente a falsas interpretaciones⁴⁴.

12. Los modelos lógicos de argumentación jurídica.

Éstos son sin duda uno de los modelos de mayor uso entre los operadores jurídicos, fruto sin duda alguna, del fuerte raigambre positivista de nuestro sistema jurídico. Por medio de estos modelos se pretendió arrancar del texto legislativo por medio del silogismo, el espíritu de la norma que el “infalible” legislador imprimió en su texto.

Por supuesto que no pretendemos con nuestra crítica invalidar o negar la utilidad que la lógica tiene para el Derecho como ciencia y para el Derecho como ley escrita. Los grandes avances en la ciencia del derecho no podrían explicarse sin la utilización de la lógica, es más, aún esa misma ciencia es resultado de la necesidad de contar con instrumentos que permitan construir resultados satisfactorios ante los tribunales. Fueron los sofistas los primeros en usar dichas herramientas y las cuales vendían en el *foro* para lograr convencer a los juzgadores de la validez de la pretensión jurídica de sus clientes. Y es que teniendo la lógica formal “...como objeto distinguir entre un razonamiento correcto de otro que no lo es, es decir, el razonamiento incorrecto. La lógica reconoce por razonamiento al acto por medio del cual de una o más proposiciones se derivan otras proposiciones”⁴⁵.

De esta forma enunciamos la principal fortaleza del uso de la lógica formal para el derecho, ya que nos permite demostrar la validez de un juicio a partir de las premisas con las cuales se realizó su deducción. Como líneas arriba fue señalado, el silogismo opera a través del uso de una premisa mayor, una premisa menor y

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁵ Ribeiro Toral, Gerardo, *op. cit.*, nota 41, p. 137.

una conclusión. Al respecto, Beccaria, jurista de aportación de incalculable valor hecha al derecho penal nos dice que “En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto, la mayor debe ser la ley general, la menor, la acción conforme o no a la ley, la consecuencia, la libertad o la pena.”⁴⁶ Por medio de un ejemplo haremos más ilustrativa nuestra explicación.

Todos los políticos son corruptos.

Atilano es político.

Atilano es corrupto.

De esta forma tenemos a la premisa mayor en primer término, la cual es enlazada a la segunda a través del término medio “político”, y que nos arroja la conclusión de que el sujeto indicado tiene la cualidad de corrupto. Dicho mecanismo de pensamiento es fácilmente traducible en el análisis de casos jurídicos, veamos otro ejemplo.

El Código Penal define al homicida como aquel que priva de la vida a otro.

Juan privó de la vida a Pedro.

Juan es un homicida.

En este caso la premisa mayor será la definición que el Código Penal atribuya a la conducta sancionada, en este caso el homicidio. De esta forma la premisa mayor no será otra cosa que el tipo penal. Tenemos en segundo término a una conducta desplegada por un sujeto que podría adecuarse o no a la “conducta típica”. Como en el ejemplo anterior se utiliza a un término medio, a un elemento común entre las dos premisa, en este caso “privar la vida”, que nos permiten concluir que el sujeto invocado desplegó una conducta prohibida y que será por ello acreedor a la sanción prescrita por dicho ordenamiento. Por otra parte es importante recordar que “...la utilidad del silogismo para Aristóteles radica en que

⁴⁶ Bobio, Norberto, *Derecho y Lógica*, México, UNAM, 1965, p. 14.

éste nos permite reconocer un razonamiento verdadero de uno falso, pero no tiene como objetivo convalidar la veracidad de las premisas.”⁴⁷ Esto no quiere decir otra cosa que la lógica formal nos muestra el camino del pensamiento *formalmente* correcto pero sin ahondar en apreciaciones tan importantes a la hora de realizar una argumentación jurídica como lo son los principios que un orden jurídico tutela.

A. Modelo de argumentación jurídica por principios generales.

Este modelo de argumentación jurídica tiene origen en el último párrafo del artículo 14 constitucional el cual señala que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”⁴⁸ Esto nos permite concluir que dicho modelo se encuentra reconocido por nuestro orden constitucional, pero ¿qué son aquellos principios generales del derecho?, los cuales podemos decir se encuentran en una aproximación muy directa a “...ciertos principios básicos, como por ejemplo los derechos fundamentales del hombre, ciertas máximas, que tienen validez en todas las circunstancias, cuando se trata de hallar lo que corresponde a cada una como lo suyo...”⁴⁹ y que no es otra cosa que el derecho natural. Al respecto el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es muy claro.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales

⁴⁷ *Ibidem*, p. 152.

⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2012, 13 de septiembre). Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

⁴⁹ Emil, Brunner, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, México, UNAM, 1961, p.108.

que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental.- La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO”⁵⁰

Por lo señalado anteriormente podemos colegir que los principios generales del derecho son un conjunto de dogmas que dan coherencia a un sistema total de normas, Ribeiro Toral señala al respecto que

Los principios generales del derecho son aquellas proposiciones lingüísticas que construyen al sujeto en su espacio moral. La validez de las proposiciones (los principios generales del derecho) radica en que el sujeto se identifica con ellos como paradigma de su espacio moral, como paradigmas en la construcción de su axiología. Por lo tanto, cada historia y cada tiempo, se expresa en el léxico de la comunidad y es reconocible por el sujeto. Y es reconocible como valor jerárquicamente superior porque es en ellos en donde el sujeto encuentra su identidad personal”⁵¹.

⁵⁰ [TA], T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. III, ene-jun. de 1989, p.573.

⁵¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *op. cit.*, nota 41, p.129.

Por otra parte el uso de este modelo podría dar lugar a la existencia de problemas de difícil resolución. Ya que al ser los principios generales, *extra-sistemáticos* al Derecho, por provenir sus consideraciones a sistemas de regulación morales, de convencionalismos sociales, de usos y costumbres y aún de sistemas religiosos de regulación de conducta, es complicado realizar una correcta apreciación de los mismos y de realizar análisis correctos cuando se encuentran enfrentados en la solución de una controversia, dos principios generales, por lo cual en cualquiera de las soluciones se daría la ruptura de uno de los mismos. O bien ¿será correcto admitir que la supervivencia de algunos principios justifiquen la supresión de otros? Este es uno de los problemas que habremos de considerar.

B. Modelos legales de argumentación jurídica.

Así como el modelo por principios tiene origen constitucional, concretamente en el último párrafo del artículo 14 de nuestra constitución, los modelos legales de argumentación jurídica tienen su origen en alguna ley general o secundaria, estos

Son aquellos que por virtud de lo ordenado por la ley se proponen como excepción a la acción desarrollada por el actor. Por el vocablo *excepción* (excepciones), en nuestro contexto, son aquellas argumentaciones de defensa que alega el demandado para excluir, retardar o inhibir la acción del actor por razones legales o por razones de hecho y que están contempladas por la ley.⁵²

Según la clasificación de Ribeiro Toral, estos argumentos (excepciones) se dividen de la siguiente manera:

Argumentos de hecho: son aquellos argumentos que reclaman un acto incumplido o que especifican diferente lugar o diferente tiempo de los hechos.

Argumentos de derecho: son aquellos argumentos que niegan la facultad que el actor se atribuye como razón *sine qua non* para emprender la acción, es decir,

⁵² *Ibidem*, p. 122.

la facultad legal de contar con el derecho subjetivo que lo faculta para emprender la acción.

Argumentos mixtos: son aquellos argumentos que niegan tiempo, lugar y actos, así como las facultades arrogadas por el actor para intentar la demanda, así como los derechos subjetivos que lo sustentan para reclamar la pretensión aludida.⁵³

Como es evidente, aunque dicho modelo es de gran utilidad procesal, no nos permite conocer de fondo la constitucionalidad de un acto de autoridad, ya sea éste un acto concreto o una norma. Sino que constituyen los caminos predispuestos por las normas para llevar a cabo la defensa “natural” dentro de los juicios. Es innecesario abundar al respecto para concluir que un modelo como el señalado es insuficiente para argumentar la violación de Derechos Fundamentales dentro de un nuevo paradigma que tiende hacia consideraciones de tintes iusnaturalistas, siendo éste modelo eminentemente positivista y aún podríamos asegurar: radicalmente positivista.

C. Modelos retóricos de argumentación jurídica.

La retórica es definida “simplemente como el acto por virtud del cual el hablante construye un sentido que se atribuye a una circunstancia controversial de hecho y de derecho y que pone a consideración del foro, que en este caso es el foro jurídico”⁵⁴. Hasta aquí no se revela cuál es la finalidad que tiene el construir un sentido a dicha cuestión, el cual variará del tipo de retórica a utilizar, los cuales se clasifican esquemáticamente en dos: la aristotélica y la nueva retórica, esta última desarrollada por Perelman.

Según Ribeiro Toral “La retórica antigua se presenta como un esquema de argumentación: identifica claramente pasos a seguir, propone modelos de argumentación por medio de figuras y se presenta como un modelo cerrado,

⁵³ *Ibidem*, pp. 122-123.

⁵⁴ *Ibidem*, p.153.

porque su objetivo es persuadir al auditorio, es decir, convencerlo.”⁵⁵ Así, ésta forma de retórica en realidad no propende a conocer la justicia o injusticia del acto o ley, sino que se limita a intentar convencer al foro de la idoneidad de la propuesta, dejando a un lado cualquier consideración moral de fondo en el asunto.

Por otra parte la nueva retórica de Perelman “busca que el auditorio se adhiera a la propuesta del hablante”⁵⁶, pero es muy claro que

Tanto la persuasión como la adhesión descalifican el discurso argumentativo de una de las partes y, esto, moralmente, es inadmisibile. La argumentación dialógica encuentra su verdad desde la moral, en la argumentación desde la diferencia de las partes. Los hablantes se adhieren no a una proposición general y luego se adhieren desde la diferencia, desde sus perspectivas disciplinarias y morales⁵⁷.

Pretender utilizar un modelo como los anteriores en la implementación de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos es simplemente absurdo, ya que no se trata de simplemente lograr el convencimiento o adhesión de los integrantes de los tribunales federales a la pretensión de los postulantes, sino que es necesario un modelo que con todo rigor nos permita analizar la naturaleza de los actos presuntamente violatorios de Derechos Fundamentales y la justipreciación de las distintas normas y principios contenidos en la Constitución Federal.

Es evidente que los anteriores modelos de argumentación son insuficientes para la operación de la reforma constitucional en materia de Derechos Fundamentales, en el primero de los mencionados, los modelos lógicos, se cae en el peligro de caer en reduccionismo lógico que nos impida acceder a un panorama más amplio del *telos* imbuido en nuestra norma suprema. En lo que corresponde al modelo argumentativo por principios generales, este nos permite acceder al universo de directrices que marca nuestra Constitución aunque no ofrece un mecanismo claro para su justipreciación, cuando éstos entran en colisión entre sí.

⁵⁵ *Ibidem*, p.154.

⁵⁶ *Ibidem*, p.153.

⁵⁷ *Ibidem*, p.154.

En lo que corresponde a los modelos legales, éstos forman parte de los mecanismos insertos dentro de la defensa natural de los procesos jurisdiccionales, por lo que no son de mucha utilidad para los fines señalados. Por último en lo que corresponde a los modelos retóricos, aunque tienen una riqueza teórica indiscutible, no dejan claro el por qué al llegar a una solución a partir del convencimiento o adhesión de los operadores jurídicos a la posición defendida, sean más allá de toda duda razonable ideales o bien simplemente prácticos a la hora de solucionar conflictos de gran profundidad filosófica como lo son aquellos en los cuales colisionan categorías tales como la libertad, la justicia, la igualdad, la propiedad y la búsqueda eterna del ser humano y su fin último: la felicidad.

CAPÍTULO SEGUNDO.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

1. La constitución.

Aunque hemos notado ya en el capítulo que nos antecede los cambios que de dimensiones extraordinarias vislumbran un sistema jurídico muy diferente al actual, haciendo referencia a aquellos cambios de forma y solo apenas de fondo que la reforma a nuestra carta fundamental en materia de derechos humanos representa; toca ahora dilucidar uno de los aspectos sin los cuales el aparato ante el cual actualmente nos encontramos, dados los múltiples cambios que de manera directa provienen de la Constitución, podrían derrumbarse los mismos cimientos que en la búsqueda de la obtención de la protección de la dignidad del ser humano se han erigido. Haciéndose por demás nulos los esfuerzos cuyos objetivos no son otros que el de aterrizar la víspera de la legitimidad ahora sí del Estado, no frente al mismo, sino ahora de frente al individuo.

Atenderemos entonces a la sustancia y no ya a la forma que dicha reforma representa. Esto implica que habremos primeramente de definir la naturaleza sobre la cual el referente último que constituye a todo aparato normativo, o sea la constitución, está hecha, demostrando que, aunque aún se insista en que viene a ocupar la jerarquía más alta de entre todas las normas jurídicas, se desvanece este carácter en cuanto a la pretensión de la protección más alta del individuo en la interpretación se refiere; es decir, no permitiéndose ya anteponer el nivel normativo de una norma sino atender, el mismo, sólo por la *capacidad* de protección que ella misma pueda dar. Se ofrecen entonces no nada más los tratados internacionales sino los demás preceptos jurídicos que por no ocupar un nivel jerárquico superior, si lo que se pretende es la protección, pueden aceptarse en la interpretación las del nivel ínfimo en comparación a otras como la Constitución.

Así, atenderemos a la cláusula de interpretación conforme y al principio *pro persona* que constituirá el puente que tengamos que cruzar para que se realice el efecto de los tratados internacionales, pero lo que aún nos resulta más interesante, es la simbiosis que se generará dentro de nuestro sistema jurídico a través de dichos criterios, esto es, la retroalimentación que se darán entre normas jurídicas, cumpliendo todas un objetivo común único que será el control difuso de convencionalidad.

Este último habremos de tratarlo con especial consideración, puesto que de él dependerá además del sometimiento del control de constitucionalidad, que los análisis y por ello las decisiones a las cuales lleguen en quienes se ha encomendado la tarea interpretativa, llegue a determinarse cómo se decida y aplique el derecho, no solo en el plano ya del derecho interno sino ahora también del derecho internacional.

Y, ahora, pasando a la materia que nos interesa, como sabemos todos los pueblos en diferente tiempo y diferente espacio, de manera lenta pero constante, han advertido la necesidad de reconocer cada uno de los atributos que de la naturaleza del ser humano se desprenden; mismos, que poco a poco ha venido caracterizando de tal forma que hoy se erigen en derechos. *La libertad, la dignidad y seguridad*, muestran la ruta hacia una cultura que exprese el único de los valores por el cual habrá de tener sentido y razón la instauración de la civilización: la justicia.

Sin embargo, la firme creencia en un conjunto de prerrogativas inherentes al individuo, de nada sirve si éstas no han sido expresamente manifiestas; se parte de la necesidad de darle vida y cuerpo a esas entidades que no bien se les mira, a “éstas”, ya se les olvida. La manifestación de aquellas prerrogativas no podría más que llevarse a cabo a través de un *instrumento* al cual, en su generalidad, se le conoce por *constitución*

Así “... la Constitución constituye el resultado de uno o varios actos políticos en virtud de los cuales un pueblo determina los elementos esenciales de su organización”⁵⁸; elementos que no solo tienen que ver con facultades de los

⁵⁸ Baltazar Robles, Germán Eduardo, *El juicio de amparo*, México, COEDI, 2011, p.1.

individuos, (parte dogmática) sino también, con disposiciones que especifican la *manera* en que el pueblo, siendo su fin último la permanencia de aquéllos, habrá de garantizar (parte orgánica).

No obstante en que su acepción común el concepto de Constitución, se encuentra relacionado con un “instrumento escrito”, esto es, un cúmulo de dispositivos que de manera articulada enuncian la forma de organización de un Estado, en contraposición a ésta, nos encontramos ante una de *naturaleza real*, en términos de *Lasalle*, no ante una simple *hoja de papel*.

En su magistral conferencia, Lasalle, hablaba a los electores burgueses sobre la “... verdadera esencia de una constitución...El *concepto* de la constitución es la fuente primaria de que se derivan todo el *arte y toda la sabiduría* constitucionales...”⁵⁹ y añadía, “... la *verdadera* constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan *expresión* fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social...”⁶⁰.

De la distinción que hace el referido autor, entre la hoja de papel y constitución real, se observa un desajuste entre aquello que se plasma a través de las palabras en un documento expedido mediante un procedimiento formal, y aquello que se traduce en los hechos. Si bien el objetivo del referido autor era demostrar el disfraz bajo el cual operaba el rey, otorgando una falsa Constitución, dando la apariencia de un constitucionalismo; inadvertidamente nos muestra también, que todos aquellos derechos consagrados en los diferentes tipos de constituciones, deberán de tener como *esencia* nada más que el reflejo inobjetable de la misma realidad.

De lo anterior se desprende, que ambos conceptos se separan con el único propósito de otorgar el valor de legítimo a lo que se dice ser la expresión de un pueblo. Siendo que el verdadero concepto de constitución no es *más que la indistinción que de ambos nociones se hace*. No existiendo la posibilidad de

⁵⁹ Lasalle, Férdinan, *Qué es una constitución*, México, Exodo, 2006, p.35.

⁶⁰ *Ibíd*em, p.63.

concebir este término sin la idea de referencia que implícitamente un concepto señala del otro.

Así, podemos decir que la razón de la existencia de la misma, que es arribar a la protección del individuo, debe concretizarse, sin oportunidad de verle solamente como un simple documento escrito, sino que todo su contenido deba ser vertido en la misma realidad demandante; para que así, logre vérselo en verdad, como aquella expresión que le da identidad a todo pueblo, que como consecuencia se erige en Estado, haciendo referencia éste a aquella para demarcar los diferentes atributos que en su unidad le lleguen a otorgar personalidad, con la capacidad para actuar desde adentro así como para actuar hacia afuera; tema éste último relativo a la soberanía el cual habremos de tratar mas adelante con mayor oportunidad.

2. La constitución como norma suprema y el sistema jurídico.

De la constitución emanan un conjunto de normas que buscan regular diferentes aspectos: culturales, económicos, sociológicos así como democráticos, los cuales, sabemos, tienen como destinatarios a un conjunto de sujetos, quienes no deberán contrariar los supuestos de regulación que de estas normas se desprendan; ambas, *tanto la constitución y dichas normas, juntas, forman el medio a través del cual el estado establecerá relaciones de supra a subordinación con los individuos que se encuentren en su correspondiente jurisdicción; mismo, al que se suele nombrar, como sistema jurídico, además de que se tiende a concretizar la soberanía.*

La constitución "... está llamada a constituir; para poder hacerlo requiere que en lo interior todo le esté subordinado y estructurado siguiendo sus lineamientos generales. Nada que le sea contrario puede subsistir o ser válido"⁶¹.

La constitución es el eje central alrededor del cual todas las normas que de ella nazcan deberán estar de acuerdo con ella. De esta forma

⁶¹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3a. ed., México, Oxford, 2008, p.16.

El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo, solo las cosas casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. Lo que tiene un fundamento no... La idea de fundamento lleva, pues, implícita la noción de una necesidad, que lo que sobre ella se funda sea así justamente y no de otro modo... sería una fuerza activa que hace, por imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son...⁶².

De esta forma, una vez que de ella nacen las diferentes normas que regularán la conducta de los sujetos dentro de su jurisdicción (Estado), sin olvidarnos que la misma se hace partícipe dentro del sistema jurídico, esto es, procurándose a sí misma no contrariar cada uno de sus preceptos respecto a su misma finalidad, goza de la más alta categoría que una norma dentro de un sistema normativo pueda tener.

Sin embargo habrá que recordar que, derivado de su naturaleza, que busca el reconocimiento de derechos fundamentales, los cuales una vez son descritos por ella, la misma descripción no hace más que estos se *petrifiquen*, situación que trae consigo, si lo que se requiere es que esta misma condición que implica que los mismos se petrifiquen no afecte la esfera de derecho que en determinado momento a la persona le corresponden, sería necesaria la ampliación de la carta fundamental a través de otros ordenamientos, consignatarios, también de derechos fundamentales, lo cual hace que parezca no la última dentro de la categoría de cualquier sistema, sino que pudiera ocupar una posición ya fuese igual o menor que las diferentes normas que conforman determinado sistema; ejemplo de ello serían las recientes reformas que hicieron que se ampliase la gama de derechos fundamentales recorriendo a otras fuentes distintas de las nuestras como los tratados internacionales que sobre derechos fundamentales existen. Todo esto, obvio es que dependería de la jerarquización que a estos ordenamientos cada Estado les dé, sin embargo tema éste último que más adelante habremos de tratar y que por su importancia amerita un tratamiento especial.

⁶² Lasalle, Férdinan, *op. cit.*, nota 59, pp. 37-38.

3. La función de la constitución.

Una vez que hemos definido la naturaleza fundamental de la Constitución, dado que todo objeto es susceptible de adquirir ciertas formas o dimensiones, la Constitución de igual manera, no escapa a tener su propio cuerpo, *mismo, que ha de determinar la manera en que se le observe*. Tocaría ahora hablar de las partes entonces en que ésta se divide.

En relación al cúmulo de prerrogativas reconocidas en el periodo de la ilustración las cuales venían siendo el hecho de que el ser humano por su propia naturaleza se encontraba investido de una dignidad la cual era susceptible de protección, así como la limitación de facultades de quienes ostentaban el poder; ambas ideas llegaron a implantarse con tal fuerza, que, de acuerdo a la doctrina tradicional, los documentos constitucionales, se considera que se dividen en dos secciones, la *dogmática* y la *orgánica*.

La primera nos expone una lista de derechos que en su simple apreciación, si bien no logra delimitar todas las prerrogativas de las que el ser humano es susceptible de adjudicársele, sí nos proyecta un cuadro clasificador que en su dimensión se acerca a la naturaleza de la esencia del ser humano. Así, en este apartado se cumple con la finalidad de que los derechos fundamentales tengan una parte dentro de este documento, apartado sin el cual, ya fuese cualquier forma de articulación que se les quiera dar, no tendría la misma Constitución materia que tutelar y por tanto, ningún fundamento.

Como comentamos en el capítulo anterior, hasta antes de la reforma constitucional en el año 2011, este apartado clasificador de derechos, llevó por título durante varias décadas, la nominación de *Garantías Individuales*, nombre que pretendía aludir, no sólo a la concepción de derechos, sino sugerir que las mismas de igual forma, evocaban, por estar inmersas dentro del texto, su garantía en sentido estricto. Situación que, no obstante en que el significado de dicha nominación aparentemente se entendía obvio, esto es, pretendiendo tales "Garantías" delinear tales derechos, ocasionaba cierta confusión a no pocos juristas. Esto, en cuanto a que la interpretación de todo precepto no es más que a

través de la descripción que de ella haga el leguaje, el sentido real o alcance de la misma no podía vislumbrarse como claro; situación, que no obstante hacía ya tiempo había sido advertida por los juristas, permaneció enraizado, causando un perjuicio a los sujetos, en cuanto a que la interpretación de los derechos, se constriñó a dicho término.

Hoy, como consecuencia de la multireferida reforma, la parte dogmática de nuestra Constitución amplía el espectro derechos que por su sola denominación de garantías individuales sugería, al mismo tiempo que definía, una limitación en cuanto a todo aquello a lo cual el ser humano es digno de merecer; encontrándose en su lugar un concepto más afín, en cuanto no busca delimitar la inconmensurable lista de derechos que por su condición de interdependencia hacen inútil cualquier intento de descripción, nos referimos al término de derechos humanos que aunque como lo dijimos anteriormente pudiera ocasionar el uso de tal concepto cierta confusión, sí aporta mayor satisfacción si lo que se pretende es que la condición misma de la gama de derechos que en la constitución se encuentran *escritos, sea ampliada*.

Son entonces, los derechos humanos los que ahora conforman este apartado. Hoy, el término de garantías individuales sólo denota lo que del sentido literal de su concepto se deduce, o sea, el de que tales derechos encuentran respaldo en los diferentes instrumentos de protección constitucional que la misma contempla, principalmente a nuestro juicio de amparo por excelencia. De esta forma, el término derechos humanos es más acorde para el cúmulo de derechos no susceptibles de presentarse como un todo acabado, a través de cualquier denominación que se les quiera dar.

No obstante a lo anterior, en el sentido de otorgar el término de garantía a aquellos medios que hacen que prevalezcan nuestros derechos, algunos autores como Luigi Ferrajoli ha pretendido explicar que dicho término ha sido utilizado por nuestra ley fundamental en su aspecto meramente sustantivo, esto es, denominándolas a estas como garantías primarias, pues aquellos mecanismos de defensa, los conceptualiza a su vez el autor, como garantías secundarias. Se aceptaría tal concepto siempre y cuando se le atribuyese como entidades

lingüísticas que dan forma a tales derechos; sin embargo, no obstante que sigue habiendo resistencia sobre dicho concepto puesto que las garantías como mecanismos de control de derechos no se encuentra dentro del apartado correspondiente, seguiría imperando la confusión de cuáles son Derechos Fundamentales y cuáles son los derechos que por concepto de garantías se diferencien de aquellos. Son Derechos Fundamentales o solamente garantías, término que además de provocar confusión, semánticamente adolece de sentido, más aún para tan importante propósito como el que es darle expresión positiva a los atributos que se derivan del ser humano.

En cuanto concierne a la división de poderes y asignación de atribuciones constitucionales, que viene siendo la parte orgánica de la Constitución, esto no es más que la firme creencia de que no es más que a través de la distribución de competencias que la limitación del poder puede concebirse; el constituyente previniendo los abusos de la autoridad a quien encomendaba velar por el respeto de los derechos, hubo de otorgar las facultades que la misma organización estatal requerían a varios entes para que existiese equilibrio en cuanto a la forma de administración del Estado.

La concentración de poder en uno o varios órganos burocráticos, de manera lógica y natural corrompe y vicia la actividad de quien se encuentre en su representación; "... La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene uno en su seguridad..."⁶³ para que tal libertad exista es necesario que las facultades tanto legislativas, ejecutivas, y las judiciales se encuentren en total independencia, pues cuando la primera y la segunda "... se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo... falta la confianza, porque puede temerse... que hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente"⁶⁴. En lo que respecta a la última con respecto las otras dos, si estuviesen juntas, no habría seguridad

Si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer

⁶³ Arteaga Nava, Elisur, *op.cit*, nota 61, p.33

⁶⁴ *Idem*.

arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor⁶⁵.

Ahora bien, de la división de poderes implícitamente se encuentran los mecanismos a través de los cuales han de poder lograrse la concretización de la primera, se advierten también cambios en cuanto a la manera de proteger los derechos fundamentales advertidos en la parte primera de tal documento constitucional. Encontrándonos sometidos a otras autoridades, debido al reconocimiento de la influencia a otras jurisdicciones al cual nuestro país se someterá.

De esta forma, ambas partes (dogmática y orgánica), además de que permiten ver la manera organizada en que un Estado se constituye a través de un documento constitucional, permite visualizar que juntas vienen siendo el pilar de cualquier Estado que se ostente como democrático y liberal; encontrándose ambas en una total interrelación que hacen imposible concebir una parte sin la existencia de la otra, pues los derechos sin los correspondientes límites tanto al resto de los individuos como a las autoridades que representen a cada uno de los órganos en que se divide la administración de un Estado, resultan tan efímeros ante la propia naturaleza de los hombres, que a todo aquel que se le otorgue poder le debe corresponder su respectivo límite; aceptándose, de forma tacita también aquellos instrumentos que para la efectivización de esta segunda parte en que se divide y correlativamente de la otra en que esta Constitución se expresa.

4. Interpretación constitucional y los operadores jurídicos.

Visto ya que la Constitución no es el simple ideal perseguido, sino que alude a la conformación de un sistema que como se dijo ella representa el eje central, el fundamento de las mismas normas que de su naturaleza brotan, además de

⁶⁵ *Idem.*

haber expuesto la manera en que menciona tanto derechos como la distribución competencial de los diferentes órganos para la administración del Estado; es menester señalar que, si bien es cierto la idea central del concepto constitución es la de definir la máxima aspiración por alcanzar de todo pueblo, para concretizar dicho ideal es necesario advertirla ya no en la idea simple que de su sentido romántico se evoca, sino también que sea vista a su vez, como una pauta metodológica que hay que seguir si queremos alcanzar lo que la misma sugiere.

Esto implica que no debemos nunca dejar de lado que la misma viene siendo, dado su naturaleza rectora, además de formar parte de un sistema teniendo así injerencia en todo a lo que éste concierne, *una norma*, eso sí, de acuerdo al artículo 133, no una norma cualquiera sino la principal. Sin embargo, debemos decir que, ante la inminente necesidad que de su misma creación se deriva, o sea, el reglamentar ciertas conductas, las demás normas jurídicas tienen que ser interpretadas; "... la interpretación es una *condictio sine qua non* de la vida misma del derecho. Sin ella la dinámica jurídica sería imposible, pues para invocar y aplicar cualquier norma hay que precisar o, al menos, indicar su sentido, alcance, comprensión o significado."⁶⁶; ahora, partiendo de que la Constitución es una norma jurídica, ¿Tendremos que interpretarla igual que las demás?; o bien, ¿debemos hacer diferencias en cuanto a esta actividad se refiere?, esto, con el firme propósito de no caer en vicios de antaño, pues "Uno de los motivos por los que ha habido de la necesidad de la peculiaridad de la interpretación constitucional, es la creencia de que ella era la misma que la del derecho privado."⁶⁷, además de que la misma vendríamos a equiparar como la manifestación indirecta de aquellos símbolos "... que no hacen sino destacar los valores que justifican la organización política que justifica, la organización política de una familia, de un clan o de un pueblo hasta convertirlo en una nación o en un Estado."⁶⁸

⁶⁶ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 2007, p.394

⁶⁷ García Berlaude, Domingo, *La constitución y su dinámica*, México, UNAM, 2004, p.37-38.

⁶⁸ Laveaga, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM, 1999, p. 35.

Antes de estar en posibilidad de contestar a estas interrogantes, es menester referirnos a quienes tienen a su cargo la tarea interpretativa, y de quienes además, son un factor imprescindible para la vida misma del derecho; "...cuando un ser humano participa en la creación, modificación, aplicación, o extinción del sistema jurídico recibe el nombre de operador jurídico"⁶⁹. Puesto que tal sistema tiene por objetivo regular la conducta para de ahí sea factible poder vivir en sociedad, ningún sujeto escapa, ya sea directa o indirectamente, a ejercer cierta influencia en cada una de las actividades antes manifiestas; sin embargo, para que se lleve a cabo el funcionamiento del aparato normativo es necesario que exista la determinación de roles que *concretice* dichas tareas.

Así, tenemos que derivado de las diferentes actividades que pueden realizarse dentro del aparato normativo tenemos una gama de operadores jurídicos, tal es el caso de tanto particulares como autoridades; los primeros en cuanto pueden llegar a caer en los supuestos de hecho regulados por las normas jurídicas, y a *contrario sensu* la observación de aquellas en cuanto evitan caer en tales supuestos; en lo que respecta a las segundas, por facultad expresa de la ley tienen por objetivo ejecutar de lo que la misma ley se pronuncie. Caso de especial importancia de estos últimos sería el papel que juegan los abogados los cuales "...en la medida en que representan y defienden a grupos e individuos ante las instituciones judiciales... contribuyen también a cimentar la independencia y el profesionalismo de los jueces."⁷⁰

De esta forma, si bien todos ellos, autoridades y particulares, pueden interpretar un sistema jurídico no son más que las autoridades las que pueden obligar a cumplir con lo que de sus facultades se derive; razón, que se encuentra íntimamente "...ligada a la teoría política del Estado de derecho- que está en la base de la división de poderes y de la naturaleza legal de la legitimidad de la

⁶⁹ Baltazar Robles, Germán Eduardo, *op.cit*, nota 58, p.3

⁷⁰ Fix Fierro, Héctor, "Los juristas académicos del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas" en Cruz Barney, Oscar y Fix Fierro Héctor, (coords), *Los abogados y la formación del Estado Mexicano*, México, UNAM, 2013, p. 859.

jurisdicción.”⁷¹, siendo el Poder Judicial el único que “... incide sobre los derechos y sobre las libertades del ciudadano como *individuo*.”⁷² Pues si tal interpretación del sistema jurídico quedase en manos del resto de los operadores jurídicos, contrastaría con la misma imparcialidad y por lo tanto el principio de legalidad, que supone debe tener toda actividad jurisdiccional en atención a la preservación del orden jurídico.

Bajo este principio, el de la imparcialidad, todas las autoridades deberán en el ejercicio de sus funciones, y más precisamente quienes tienen la responsabilidad de la impartición de justicia, deberán ceñir su actividad conforme a lo que exprese la ley; es decir, la actividad será la de meramente interpretativa, buscando la verdad dentro del texto jurídico independientemente de otras cuestiones que se aparten de lo estrictamente jurídico, no teniendo cabida la creatividad dentro de esta labor, de otro modo imperaría la total incertidumbre.

Si esto es así, volviendo a nuestra pregunta inicial, la interpretación de la norma jurídica fundadora de todo el sistema normativo y que a la vez forma parte del mismo y por la misma razón sujeta a desentrañarse su contenido, ¿Deberá dársele el mismo tratamiento en cuanto esta actividad interpretativa se refiere? , no debiendo dejar de advertir lo que el ilustre jurista Linares Quintana dice sobre tal documento que “... la jerarquía de la Constitución y la naturaleza de tal documento, exigen un especial carácter de interpretación.”⁷³.

Ahora, todo parecería indicar que nuestra respuesta sería en sentido afirmativo, sin embargo, derivado de aquello que tiene por objetivo regular, resultaría absurda una interpretación cualesquiera; es decir, no pretendemos señalar que el tratamiento interpretativo que se les da al resto de normas no pertenecientes a la ley fundamental adolezca de ligereza, no, lo contrario, prevalece en este sentido lo opuesto, un rigorismo interpretativo fundamental, (principio de legalidad), sino que dado su naturaleza tienen que ser tratadas así; lo contrario, la norma

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, México, INCP, 2010, p.35.

⁷² *Idem*.

⁷³ Limón Rojas, Miguel, “Algunas consideraciones sobre interpretación constitucional”, en Carpizo, Jorge, *et. al.* (coords.), *Interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, p.75

fundamental jamás; se le podrá dar quizás este tratamiento, sin embargo, de manera abrupta, dada su naturaleza lo rechazará; esto es como si se pretendiera utilizar el martillo cuando lo que necesita la pared es un taladro. *La herramienta no resultaría ser la apropiada.*

Todo esto, en el sentido de que dicho instrumento constitucional, si bien es cierto lo encontramos investido del más profundo de los respetos que toda aquellas naciones que la tienen jamás deberán dejar de observar, no representa más que el *referente* que cada uno de los Estados necesita para constituirse de manera interna, pero más aún de forma externa, lo que equivaldría a su vez el mismo documento constitucional la autodeterminación frente a sus *iguales*, pues “Un Estado, como una persona moral, debe tener el derecho y la autoridad para actuar. La soberanía es exactamente este derecho legal y autoridad. Si un Estado no tuviera soberanía, éste no tendría fundamentos legales para su ejercicio de sus poderes”⁷⁴. Creando entonces la Constitución su marco que demarcarán sus límites de actuación.

Aunque es verdad que el nacimiento del reconocimiento de los Derechos Fundamentales tiende atribuírsele al derecho constitucional, esto, no por ello significa que la fuente de la cual abrevan sea precisamente de los instrumentos cuyo propósito tienen constituir a los pueblos describiendo derechos así como facultades competenciales; sino de la fuente intrínsecamente inacabable que de la esencia del ser humano se desprende. Trascendiendo la frontera constitucional hacia una internacional, tanto es así, que hemos de considerarlos dentro de lo que se conoce por las llamadas:

Áreas mundializadas, en donde la humanidad tiene un interés general en no permitir la impunidad y proteger el medio ambiente, porque es de todos, pues su daño afecta a todos los seres vivos, de ahí que el derecho reconoce ciertas áreas que llamaremos mundializadas, en donde hay ciertas ¿Soberanías compartidas?... o bien áreas que trascienden las soberanías estatales para

⁷⁴ Kaiser, Stefan A. “Ejercicio de la soberanía de los Estados”, en Becerra Ramíres, Manuel, *et al.* (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, 2010, p.86.

convertirse en preocupación, interés o responsabilidad mundial, y eso significa que no se puede alegar la soberanía interna para no cumplir estándares mundiales creados por el derecho internacional.⁷⁵

Antes de la referida reforma en dicha materia, como bien se dijo en el capítulo que nos antecede, las *garantías individuales* provocaban la delimitación en la atribución de derechos que tendía hacerse en cada una de las interpretaciones que debían hacerse antes de decirse el derecho; el cambio al artículo primero, ha provocado que nuestro instrumento fundamental, sea, tal como lo demanda una protección total del individuo, sólo *una muestra* del cúmulo de derechos no susceptibles de enfrascarse en dicha herramienta constitucional, antes bien, al adoptar el concepto de Derechos Fundamentales hizo incompatible cualquier intento por fijar límites a lo que su propia naturaleza se lo impide.

Lo anterior, se hizo palpable al incorporar, dentro de su contenido el referido artículo, los principios que antojan delinear el fundamento del ser humano: tales como el de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*.

El primero "... se convierte en el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas..."⁷⁶; no existe motivo alguno por el que se justifique distinguir entre un individuo y otro, todos, sin excepción alguna, pertenecemos al mismo género, por lo que las diferentes características que en dado caso nos pudieran describir, por motivo de raza, sexo, o nacionalidad en nada aportan cuando hemos de referirnos a los Derechos Fundamentales. En cuanto al segundo, pone en claro una total interrelación que guardan unos derechos con otros. La existencia de tal o cual derecho supone como consecuencia la contemplación del resto, tomando como punto de partida lo que del mismo derecho se conciba. El de indivisibilidad sugiere concebir cada uno de los derechos en su totalidad, en su máxima expresión. Los derechos son

⁷⁵ Becerra Ramirez, Manuel, "La soberanía en la era de la globalización", en Becerra Ramírez, Manuel, *et al.* (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, 2010, p.66.

⁷⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2011, p.38.

infragmentables, esto quiere decir que su observancia debe abarcar la integridad del “derecho” y no un fragmento del mismo. El principio de progresividad aduce la preservación de aquellos impidiendo que exista un retroceso y sí una evolución en sentido afirmativo de dichos derechos.

Como se observa, al recoger dichos principios nuestro artículo primero constitucional no hace más que poner en evidencia la incapacidad de cualquier instrumento constitucional de acoger en su empresa cada uno de los derechos fundamentales, que como vimos nunca suelen agotarse en las diferentes descripciones que se intente de ellos hacer, que no obstante a manera de referente han de aceptarse, con la condición de ver siempre hacia delante.

Ahora bien, para que esto sea una realidad tangible ha sido necesario, como resultado de lo que expresa el artículo primero, remitirnos no nada más a lo que exprese entonces la carta fundamental, sino que dado lo expresado anteriormente o sea el hecho de que un sólo documento pueda expresar tantos derechos como de la esencia del ser humano se desprenda; el tener que acudir a otros ordenamientos de índole ya no interna, sino ahora que acudamos a una de tipo externa; no sin antes advertir que aquélla también puede representarse así misma como su propio referente en cuanto derechos humanos se refiere, (bloque de constitucionalidad). Sin embargo, dado que dicha fuente externa la cual la constituyen los tratados internacionales de los que México forma parte, no pueden tener injerencia dentro de nuestro sistema jurídico si no es mediante un *enlace* o *punte* como lo queramos llamar, es necesario advertir previo a su consideración minuciosa otro principio que hace posible a su vez la existencia de los anteriormente descritos o sea de la fuente externa, nos referimos al principio de *subsidiariedad*.

Es pues de esta manera

“... a través del principio de subsidiariedad, como se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de Derechos Humanos consagradas en los Tratados Internacionales... para ofrecer una mayor garantía a las personas... El efecto que se logra es una ampliación en la

protección de los Derechos humanos”⁷⁷; de lo que se trata es buscar “...armonizar cualquier norma en materia de derechos fundamentales con el estándar que se considere más alto, ya sea que provenga de la propia Constitución –fuente interna- o de un tratado internacional –fuente externa-”⁷⁸. Esto es a lo que Miguel Carbonell llama un sistema de *reenvíos*, donde existe una *retroalimentación* entre normas, habiendo de escoger aquella que más favorezca al individuo; no siendo ésta una cuestión que implique la contemplación del nivel jerárquico que ostente cada una de las fuentes sino, sólo poniendo especial cuidado en el contenido sustancial de cada precepto que contenga la *sustancia activa* de los derechos humanos; es decir, ya sea que provengan de la propia Constitución o de los tratados relativos a aquellos.

De ahí que los problemas de interpretación ya no solamente sean resueltos a través de la comparación que se haga del texto fundamental interpretación conforme a la Constitución, sino en atención ahora del *derecho internacional regulador del derecho convencional*.

5. Tratados internacionales.

Si de lo que se trata es llevar hasta sus últimas consecuencias el concepto de derechos fundamentales, hacerlo implica el necesario sometimiento a otras fuentes de derecho distintas a las que marcan los respectivos límites de la legislación doméstica. Si bien, a no poco menos de tres décadas dichos instrumentos internacionales han ejercido cierta influencia en la vida jurídica de México, no fue sino hasta la mencionada reforma que éstos, -pese a que se dice que no en su totalidad habrán de representar la base ya del sistema que los adopte sino sólo aquellos que hablen sobre derechos inherentes a la dignidad del ser humano imperarán- en realidad se han vuelto el pilar sobre el cual se erige el fundamento del Estado de Derecho, el cual tiene *su justificación* ya no digamos

⁷⁷ *Ibidem*, p.36.

⁷⁸ *Idem*.

desde la perspectiva interna de cada Estado, sino ahora desde el ángulo del derecho internacional.

No podría ser de otra manera, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y de manera más específica derivado de los acontecimientos surgidos en el siglo XX se ha dado una verdadera explosión de tratados relativos a Derechos Fundamentales, a los cuales, no pocos países han decidido adherirse a tan importantes documentos. Sin embargo, si bien es verdad la mayoría de los países los han contemplado como parte de su derecho interno, no todos, incluido México hasta antes de la reforma habrían de *tomarlos como el parámetro de legitimidad de sus respectivas jurisdicciones*, otorgándoles a estos igual o mayor jerarquía que al propio documento regulador de la vida del Estado, o sea la Constitución.

No existiendo otra categoría más alta que la que se deriva de los textos fundamentales dentro de un sistema de normas, hemos de considerar, antes de entrar al análisis del papel que juegan los tratados en materia de Derechos Fundamentales dentro de nuestro ordenamiento interno, -hacemos esta última especificación (interno) pues también hemos hecho nuestro, en términos vinculatorios, al derecho que se deriva de la comunidad internacional-“... la jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre Derechos Fundamentales dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia que ha de ser determinada fundamentalmente por la Constitución de cada país”⁷⁹. De acuerdo a la clasificación que hace Ayala Corao, “En términos generales, las constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: *supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal*”⁸⁰.

Así, de acuerdo con la primera, los tratados de derechos humanos encuentran dentro de la misma carta fundamental que los consagra, una preeminencia sobre ella; ni siquiera dicha carta dentro del sistema del cual es *fuentes* se considera el referente último al cual las interpretaciones de dicho sistema deban ceñirse. Tal es

⁷⁹ Ayala Corao, Carlos M. *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, FUNDAp, 2003, pp. 40-41.

⁸⁰ *Ibidem*, p.41.

el caso, así considerados por la doctrina, como el de Guatemala y de Honduras, en los que el referido autor considera que muchas veces en la adopción de aquellos las constituciones que los contemplan son reformadas.

En cuanto al segundo de los rangos (constitucional), los documentos constitucionales les otorgan a dichos tratados su *misma* jerarquía. Constituyéndose ambos como la fuente reguladora en forma vertical del resto de su respectivo ordenamiento. Ejemplo de ello es la reforma de agosto de 1994 a la Constitución de Argentina y de manera expresa por el artículo 105 de la Constitución peruana. Sin embargo, en estados como Venezuela tendrán este valor superior sobre el resto del ordenamiento, siempre y cuando contengan normas que en su contenido se favorezca más al individuo.

El rango de supra-legal lo contemplan aquellos dispositivos de naturaleza constitucional que confieren a los tratados de derechos humanos un valor mayor que las leyes federales, pero menor que el documento constitucional. Pudiéndose aquí señalar como ejemplo el artículo 25 de la Constitución argentina, también el 10 de la carta Fundamental de Italia así como el 55 de la Ley Suprema de Francia.

Finalmente, el nivel dentro de esta categoría considerado más bajo, es aquel que ostentan los tratados internacionales jerárquicamente a la par con las leyes federales. Tal es el caso de algunas constituciones americanas como la Carta Fundamental de los Estados Unidos en su artículo VI, se reconoce a aquellos en el nivel de las normas federales. También, una situación similar en nuestro artículo 133 auténtica copia del artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América; por criterios jurisprudenciales había otorgado a los tratados la misma categoría de las leyes federales. Posteriormente a esto, a través de una sentencia pronunciada el 11 de mayo de 1999 aquellos se ubicaban por encima de dichas leyes federales. Hoy, a través de la reforma a nuestro artículo primero los mismos ostentan una categoría completamente *relativizada respecto al documento constitucional*, esto, en función según “la cláusula del individuo que más favorezca”.

Como se puede observar, cada uno de los países que contemplan dichos instrumentos internacionales, de manera tácita o expresa confieren a estos un

nivel jerárquico de influencia dentro de sus respectivas legislaciones; ejerciendo una influencia determinante en cada uno de ellos dependiendo del nivel de rango que se les asigne, que en algunos, tal llega a ser su posición que logran verdaderamente cuestionar aquello señalado como lo único que logra darles su propia identidad frente a los demás miembros de una comunidad internacional, o sea la calidad necesaria de ser soberano.

Visto lo anterior, si hiciéramos una interpretación sistemática de nuestros artículos 1º y 133 constitucional, habríamos de notar que los respectivos instrumentos no se encuentran dentro de ninguna de las categorías anteriormente señaladas. Esto en función a que el concepto de derechos humanos es totalmente incompatible con la pretensión de atribuir criterios de interpretación escalonados, donde la preeminencia en dado caso de tal o cual norma sobre otra, con independencia de la posición jerárquica que cualquiera de las dos “normas” de derechos humanos se ostente. Pues bien sabemos que

La jerarquía homogeniza el orden jurídico y las fuentes; no permite la oportunidad de establecer rutas alternas ante colisiones normativas. El sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande como es propio de las normas sobre derechos humanos. De esta manera, la cláusula de interpretación conforme es más compatible con los criterios de interpretación en derechos humanos...⁸¹.

Además de que podemos decir que “...contribuye a minimizar las posibilidades de conflictos entre los instrumentos legales y a obtener una mayor coordinación en su dimensión tanto vertical (tratados y derecho interno), como horizontal (entre dos o más tratados)”⁸².

Por ello, no obstante a que se suele atribuir, actualmente, a la Constitución el máximo rango dentro de todas las normas, lo cierto es que será en cada caso en

⁸¹ Caballero Ochoa, Jorsé Luís, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012, p.109.

⁸² Ayala Corao, Carlos M., *op.cit.* nota 79, p.25.

concreto, -donde se requiera decidir entre aquella u otra interpretación que favorezca más al “ser humano”-, que podrá visualizarse cuál es la categoría dentro de la cual serán susceptibles de caer la Constitución respecto de los tratados internacionales y viceversa, Igual, o superior, esto, dependiendo del principio de interpretación *prohomine utilizado por el sistema de reenvíos* al ya hicimos mención. Obvio sin olvidar que también, cuando así lo demarque el mismo principio, las leyes federales habrán de preferirse aún sobre aquellas, siempre y cuando su contenido favorezca más que las primeras.

6. Determinación de los tratados relativos a Derechos Humanos.

Si lo que se pretende es una interacción entre el derecho interno y el derecho internacional con miras a que exista una ampliación en la esfera de derechos del individuo en cuestión de derechos humanos; es lógico suponer que dicha ampliación no sea más que a través de los instrumentos cuya finalidad estribe básicamente en la conservación de los derechos naturales del hombre. Así existan intentos por separar a la manera de kelsen en su teoría monista al derecho internacional y al derecho interno primero pues tal autor “...parte del supuesto de que el concepto de transformación del derecho internacional en derecho interno, es decir, la tesis según la cual el derecho internacional no puede ser aplicado en los ordenamiento estatales sin ser antes transformado en derecho interno...”⁸³ Si bien es verdad la existencia de múltiples tratados y convenciones no tiene otro objetivo que la regulación de las relaciones entre los Estados que integran la comunidad internacional, y en consecuencia la proscripción de tantos derechos como ámbitos de asuntos susceptibles de regulación se desprendan, *no suelen todos* contemplar aquellos que en su esencia podamos decir radique *el valor de la vida y de la dignidad* humana; vista esta misma, claro está, en el sentido de que

⁸³ La Pégola, Antonio, *La Constitución del Estado y normas internacionales*, México, UNAM, 1985, pp. 87-88.

“El hombre se encuentra dentro del curso del tiempo en el punto del ahora y mira hacia el pasado y el futuro.”⁸⁴

Toca dilucidar uno de los aspectos más importantes, que es la determinación de aquellos tratados internacionales los cuales habrán de tomarse como referente en el ánimo interpretativo, “...porque por un lado, sería muy sencillo identificar como derecho humano cualquier derecho establecido en los tratados internacionales, pero ello haría inútil el concepto al desaparecer su distinción de otras prerrogativas...”⁸⁵. Esto, además de que se correría el riesgo de tomar como tratados también relativos a aquellos, a los que no tengan más objetivo que la regulación de intereses de tipo económico -rompiéndose de esa forma su fundamento filosófico necesario para considerarse anteriores al propio Estado-; pues recordemos que estos según Jiménez de Aréchaga “...es toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del derecho internacional, destinada a producir efectos jurídico, es decir, crear o modificar o extinguir un derecho”.⁸⁶ Debiendo pues estar entonces dicha actividad interpretativa con el estándar mínimo del derecho propiamente *natural* al desentrañarse el sentido de los diferentes preceptos susceptibles de aplicación.

Para efectos de lo anterior, según Mireya Castañeda en su libro *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*:

Se pueden observar algunos elementos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que lo distinguen del Derecho Internacional Público, sin que por ello deje de ser una rama de este último. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: 1) Tiene por objeto de estudio las normas y los principios internacionales relativos a los derechos humanos; 2) Incorporó a la persona como sujeto de derecho internacional; 3) Cuenta con sus propios órganos de protección, entre otros los «órganos creados en virtud de tratados», las Comisiones y Cortes regionales de derechos humanos; y, 4) Tiene sus

⁸⁴ Hartmann, Nicolásp, *Introducción a la filosofía*, México, UNAM, 1961, p.110.

⁸⁵ Baltazar Robles, Germán Eduardo, *op.cit.*, nota 58, p.168.

⁸⁶ Melendez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, p.21

principios de interpretación propios, entre ellos el principio pro persona, consagrado en el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución mexicana. Algunos autores identifican como principios de derechos humanos: el principio de posición preferente de los derechos humanos o *preferred freedom*, el principio de fuerza expansiva de los derechos humanos y el principio de progresividad⁸⁷.

Sobre esta base, hemos de afirmar que todos aquellos tratados considerados por el Estado mexicano, como fuente de la cual abrevan los demás derechos humanos, -tal es el caso no nada más como ya dijimos en párrafos anteriores, de nuestra antes ley fundamental, la Constitución mexicana, así como aquellas leyes federales que de su interpretación se desprenda una mayor protección de derechos-, son aquellos que *no* tienen en su objetivo regular las relaciones entre Estados parte de la comunidad internacional, sino establecer únicamente relaciones de *supra-subordinación*, no respecto a la situación de sometimiento que guarda un Estado con sus súbditos, lo contrario, esto entendido *inversamente*, donde el individuo se impone frente al propio Estado, es decir, tiene la obligación para con aquél de respetar sus derechos fundamentales.

Ahora bien, puesto que el objetivo de dichos tratados tiene como destinatarios directamente a los individuos, además de que tienen un carácter evidentemente vinculatorio, en el sentido de que el Estado se subordine ante el individuo en cuanto a su deber de proteger los derechos inherentes a éste; de ello sería lógico suponer que su aplicación dentro de nuestro ordenamiento se daría de forma automática; esto es, si estamos de acuerdo que el objetivo de dichos tratados no es en el sentido directo de regulación de las relaciones entre Estados, sino de la obligación que estos tienen respecto aquellos, la contemplación de los mismos dentro de la actividad meramente interpretativa no requeriría, si se diera el caso de que nuestra Cámara de Senadores no hubiese aún aprobado tal tratado, poder considerarlo; esto es, que pudieran ejecutarse sin el procedimiento formal que debe anteceder a la adopción de cualquier instrumento de fuente distinta a nuestro

⁸⁷ Castañeda, Mirella, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, México, CNDH, 2012, pp.26-27.

ordenamiento. Sin embargo, para ello, según Jiménez de Aréchaga tendrían que cumplir con las siguientes características:

Primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes⁸⁸.

Aunque lo señalado por el referido autor únicamente tenga que ver con normas que de manera independiente el actor o parte pudiera solicitar en su conveniencia en la solución del caso en concreto para su aplicación; lo consideramos un criterio que pudiera extenderse para efectos de que exista una auto-aplicación, hacia todo un tratado relativo a los derechos humanos. No obstante a que consideramos que todos los instrumentos cuya finalidad sea aquella debieran ser ya de por sí autoejecutables, bien puede ser dicho criterio utilizado por aquel al que la barrera del procedimiento por el que todo tratado tiene que pasar para su aplicación antes, fuere evidente que le afectase.

Hecha esta última afirmación, hemos de no dejar de considerar que a pesar de que muchos tratados internacionales en su objetivo principal no verse sobre los derechos humanos, sí puede darse el caso de que estos instrumentos contengan normas con el mismo carácter “tutelar” que aquellos, o sea también de derechos fundamentales, por lo tanto también susceptibles de ser contemplados en la aplicación del derecho; ejemplo de ello lo tenemos en la Convención de Viena, así como por la naturaleza tutelada que no precisamente protege derechos que se consideren derivados de la vida y dignidad, son los tratados de derecho humanitario que tiene en sus propósitos sancionar los crímenes de lesa humanidad.

⁸⁸ Ayala Corao, Carlos M. *op.cit.*, nota 79, p.133.

7. Control de convencionalidad.

Hoy, al incorporarse en el artículo primero no nada más el concepto de derechos humanos sino el *principio pro persona*, y como consecuencia de ello la necesaria referencia a otras fuentes proveedoras de derechos fundamentales en cuanto a la actividad interpretativa se refiere, *hizo que entrásemos a otras dimensiones en cuanto al deber de protección de derechos refiere.*

Hasta antes de la reforma constitucional, para que cada una de las actividades que se desprendieran del aparato estatal encontrasen legitimidad, habrían de tener cómo referente último a nuestra ley fundamental; lo cual hacía necesario en el referido caso de que tal o cual acto se encontrase fuera de los parámetros que marca la Constitución, que acudiéramos a los diferentes medios a través de los cuales se pudiera dar su efectividad, (controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y juicio de amparo). Si bien es ciertos dichos mecanismos de tutela seguirán imperando dado que llevados a sus últimas consecuencias su funcionalidad es perfecta, no habrán de ser los únicos, ahora, que contribuyan a velar por el establecimiento pleno del “derecho de los derechos fundamentales”, nos referimos al *control de convencionalidad*.

Anteriormente exponíamos que, no obstante la descripción de los derechos fundamentales dentro de todo documento constitucional, no traería dicha descripción, más que la limitación en cuanto a los mismos se refiere; pues aunque se reconozca la naturaleza fundamental de dicha norma, no vendría ser tomada más que como el *referente* que toda materia necesita para proyectarse. Esto es, el material al cual dicho instrumento tiene por finalidad hacer referencia, jamás se agotaría si se pretendiese delimitar por él mismo instrumento. *Los derechos humanos adolecen de la pretensión como lo quisiera hacer el artista de proyectar lo que éste quiere decir en un sólo cuadro.*

Atender a esto significa, no obstante a que se dice vendría a ser lo mismo (el control constitucional y el control de convencionalidad), debido al bloque de constitucionalidad que el artículo primero contempla cuando habla de la fuente interna y fuente externa-, acudir a otros parámetros de legitimidad, pero ya no

desde el ángulo que expresa el cuadro clasificador que el instrumento constitucional ofrece, sino del mismo concepto que de los derechos humanos se infiere; como lo dijimos, los principios de universalidad, de interdependencia, y de indivisibilidad principalmente, habrán de ser el *parámetro de convencionalidad* que se perseguirá no más que mediante del no menos que sencillo y natural sistema de reenvíos que del mismo principio *pro persona* ha nacido, y el cual, como lo dijimos logra sobreponerse a otros criterios ya fueren jerárquicos o de índole substancial. De esta forma se trasciende la frontera de la tutela constitucional a la convencional.

Antes de estar en condiciones de analizar tan importante reto al que actualmente nuestro sistema se expone, como lo hiciese el derecho interno al tener como base de legitimación la Constitución, hemos de hacer referencia a aquello sobre el cual, a su vez, dicho control, encuentra de frente su propio fundamento.

En la búsqueda implacable de protección de la dignidad del ser humano, después de la infructuosa creación de la Sociedad de Naciones, como consecuencia del Tratado de Versalles, en 1945 fue firmada por 51 países la Carta de Naciones Unidas, que si bien dicha carta no define con nítida claridad qué debiera entenderse por derechos fundamentales, la misma muestra los pilares jurídicos-conceptuales del a partir de ahí implacable desarrollo de los derechos humanos en el plano internacional.

A través de dicha Carta, con fundamento en su artículo 62.2, el Consejo Económico y Social, el cual viene siendo uno de sus principales órganos, estableció la Comisión de Derechos Humanos, la cual al "... establecer la estructura jurídica e internacional que protegiera los reconocidos a nivel internacional, amplió a lo largo de los años su mandato inicial, para ocuparse de toda la problemática sobre la materia y fijó las normas por las que se rigió la conducta de los Estados"⁸⁹. Así, buscando que todas aquellas tareas que se le hubiesen encomendado se tradujeran en compromisos para con los estados integrantes de la Asamblea General, elaboró el 10 de diciembre de 1948 la

⁸⁹ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op.cit.*, nota 76, p.103.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. “Esta declaración, compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos fundamentales para la humanidad”⁹⁰.

No sin antes advertir, que tal declaración no ha sido la primera en cuanto a la tarea de reconocer derechos se refiere, puesto que con anterioridad a ella fue redactada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -y que más adelante estudiaremos, puesto que constituye nuestro referente regional-; dicha declaración ha sido un instrumento ideal en cuanto constituye un catálogo de derechos que pudiéramos decir va mas allá de todas las fronteras, que, contrario a la primera, que si bien tuvo un carácter invaluable en cuanto a la misma finalidad de protección de derechos se refiere, viene a ser a diferencia de ésta, de naturaleza universal.

De esta forma, “... la Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos”⁹¹, tanto ha llegado la influencia de la misma, que vino a ser la inspiración de un cúmulo de instrumentos que en dicha materia le sucedieron, teniendo estos no otra cosa que en su propia creación, la finalidad de concretizar el espíritu de tal declaración y que además, por encontrarlos en un considerable plano en cuanto a la protección de derechos se refiere, algunos de ellos en su conjunto, han sido nombrados como la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, puesto que es fuente de la cual ha nacido el resto de los demás instrumentos en derechos humanos, y en consecuencia el fundamento de su propia existencia, como función que realice la Constitución estatal, se conforma así, un *Sistema jurídico internacional de los derechos humanos*, lo cual significa,

⁹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, p.347.

⁹¹ Ayala Corao, Carlos M., *op. cit*, nota 79, p.10.

que a pesar de que la Declaración Universal ha sido considerada por la doctrina más que como norma jurídica como norma inspiradora, deberán dichos tratados internacionales que estar en justa armonía con dicha convención, o advirtiéndose así que los mismos deberán ser interpretados en su consideración.

Ahora bien, es lógico suponer que, los tratados internacionales como consecuencia de pertenecer a su propio sistema jurídico, poseen su respectiva autonomía, que vista desde el plano interno de cada país, es verdad que será, -en función de la soberanía intrínsecamente inalienable que cada Estado tiene-, evidentemente relativizada, pero en realidad, la naturaleza de los mismos tratados internacionales hacen que se les ubique en una total *independencia* respecto a los mismos.

Esto nos lleva directamente al plano de que la adopción de los diferentes instrumentos que ejercerán una *influencia positiva* dentro de nuestro ordenamiento, no significa por ello que los mismos hayan de insertarse en nuestra legislación y por lo tanto hacer de ellos la interpretación que en nuestra percepción sea la que más convenga; no, lo contrario, sabemos que dichas fuentes proveedoras de las normas sobre derechos fundamentales al tener un papel totalmente independiente al que resulte, independientemente de si un país lo adopte o no, habrán de interpretarse conforme al mismo sistema jurídico al cual pertenece. De ahí que, al adoptar nuestro país los instrumentos internacionales de protección a derechos fundamentales, deba someterse también a *otras jurisdicciones* con criterios interpretativos diferentes, sin que por ello se considere a ambos sistemas incompatibles.

A pesar de que tal sistema internacional de derechos, viene a ser un *acto general* que a cada uno de los estados que los adopte como fuente también de su derecho interno, y que por la materia que regulan, y no por la fuente de la que derivan, pertenecen a un régimen independiente, es decir, encontrándose "...en sí mismas el fundamento de su vigencia, modificación e interpretación... se sitúan respecto del orden jurídico interno como ámbitos normativos distintos, dotados de una "especial resistencia positiva" -en cuanto "fuerza previamente

monopolizada”...”⁹², se organiza de manera no muy diferente a aquella en que lo suelen hacer los estados, esto en el sentido de que también, en el ámbito internacional existen mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, esto, a lo que el sistema universal se refiere. No obstante a que dijimos ya que tal convención “...su contenido se reconoce en todo el mundo como los estándares mínimos aplicables al derecho y a la política, con carácter universal e incondicionado.”⁹³ Además de que “Significa que este instrumento permite vincular criterios éticos mínimos con el ámbito del derecho positivo”⁹⁴ y, más aún, la que en lo sucesivo, cada uno de los tratados que nazcan deberán encontrarse de acuerdo con ella; por lo que respecta en un ámbito más concreto, en el regional, influirá la Convención Interamericana de Derechos Humanos, documento que representará la fuente directa de derechos humanos además de la constitucional, para con nuestro derecho interno.

Dicha convención, que se adopta el 22 de noviembre de 1967, la cual entró en vigor hasta 1978, pero que en el caso de nuestro país fue adoptada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, entrando en vigor el 24 de marzo del mismo año; como todo documento que su objeto sea la expresión de derechos y pretenda por sí mismo otorgarse legitimidad, se encuentra compuesta de una parte *dogmática* y una parte *orgánica*, además de su preámbulo, que, a pesar de que se suele discutir sobre su carácter vinculatorio, en nuestra opinión, del mismo se percibe la naturaleza de tal documento, y que además, anticipa lo que la convención pretende exponer.

En lo que se refiere a la primera, la parte dogmática, inicia tal pacto con el derecho a la igualdad (artículo 1); le siguen el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3); se reconoce también, y que a nuestro parecer debería corresponder su contenido al primer artículo, el derecho a la vida (artículo 4); el derecho a la integridad física (artículo 5.); se prohíbe la esclavitud y la servidumbre (artículo 6); el derecho a la libertad, que de igual manera consideramos debiera por su

⁹² Caballero Ochoa, José Luís, *op. cit.*, nota 81, p.109.

⁹³ Ayala Corao, Carlos M., *op. cit.*, nota 79, p.9

⁹⁴ *Idem.*

importancia corresponder al segundo de los artículos (artículo 7); la garantía de legalidad, que en nuestra opinión debiera encontrarse en la parte orgánica de este documento, sin embargo reconocemos por su importancia en cuanto a la libertad del individuo se refiere también hace necesario que pertenezca a este apartado (artículos 8 y 9); el derecho a ser indemnizado (artículo 10); el derecho a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11); derecho de libertad de conciencia y religión (artículo 12); el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13); el derecho de respuesta (artículo 14); el derecho a reunirse (artículo 15); la seguridad de la familia (artículo 17); derecho de tener un nombre propio (artículo 18); los derechos del niño (artículo 19); el de nacionalidad (artículo 20); derecho a la propiedad (artículo 21); libertad de tránsito y residencia (artículo 22); derechos políticos (artículo 23); el derecho a que todos somos iguales ante la ley (artículo 24) y el derecho de protección judicial (artículo 25).

Ahora bien, puesto que no es la intención en el presente trabajo enunciar cada uno de los artículos que lo componen, de manera general, hemos de exponer aquellos que como bien dijimos, hacen posible que dichos derechos se efectivicen; reconociendo en la segunda parte de tal convención competencias y facultades a órganos que harán que el correspondiente pacto, así como los diferentes instrumentos que tengan como objetivo la especificación de ésta convención, (protocolos) pueda llegar a su principal objetivo el cual es, la máxima expresión de sí mismo.

Así, tenemos que corresponde a dos órganos velar por el cumplimiento de tal documento, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y una Corte de Derechos Humanos. En su capítulo VII, artículo 35 encontramos a la primera, organismo a través del cual todos los miembros integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA) serán representados; por lo que de la sección segunda artículo 41 nos enuncia sus funciones. Al respecto éste prescribe que:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime

conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que estos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

En cuanto a la segunda, en el capítulo VIII artículo 62 en su párrafo tercero se señala: ...La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia.

Visto lo anterior es claro que en la adopción que cada estado haga de la Convención Americana de derechos humanos, además de reconocer todos aquellos derechos anteriormente manifiestos, se deban aceptar también los órganos destinados para su protección, lo cual implica que dado las facultades otorgadas, para que los derechos se protejan, por las faltas en que los estados que hubiesen de reconocer la competencia de ellos hubieren incurrido, dichos organismos emitirían recomendaciones a los estados ejerciendo los mismos órganos un control de convencionalidad respecto a la manera en que un estado se dirigía, esto, sin perjuicio de que tales observaciones pudieran ser aceptadas, no obstante el compromiso moral que implica hacer caso omiso de aquellas en la correspondiente responsabilidad para con dichos organismos internacionales. Pues como dice "...*García Ramirez, la gran batalla de los derechos humanos se*

*ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto el internacional.”*⁹⁵

Pues,

Las sanciones más características no son aquí de tipo coactivo –aunque no falten del todo: piénsese en las represalias o en las guerras- sino que consisten más bien en medidas como la condena pública, el no reconocimiento de los actos de otro Estado, la atribución de responsabilidad internacional... Los internacionalistas parecen tener en definitiva razón cuando acusan a los que niegan juridicidad a su objeto de estudio de partir de un presupuesto falso: la identificación sin más del derecho con el derecho estatal⁹⁶.

Ahora bien, con el desarrollo que ha tenido en los últimos años el derecho internacional no podría éste menos que evolucionar, ya no mediante la adopción de más tratados en lo que en relación a Derechos Fundamentales se refiere, sino en cuanto que el mismo no sólo se constituyese en un parámetro de legitimidad de tipo moralista frente a otros estados, sino que ahora lo hiciese pero desde adentro del mismo.

Lo anterior en el sentido de que el derecho internacional:

Ha tenido importante desarrollo ... es su recepción nacional.... que desdobra el estudio de sus fuentes, porque en un principio eran para la aplicación de un tribunal internacional, pero en la actualidad su aplicación directa también puede ser por los órganos internos de los Estados, en sus funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales. En especial, como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el control de convencionalidad que deben realizar los jueces internos⁹⁷.

⁹⁵ Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad. Incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor, y Nash, Claudio, (coords.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2012, p.19,

⁹⁶ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, España, Ariel, 2012, p.43.

⁹⁷ Castañeda, Mirella, *op.cit.*, nota 87, p.31.

Se logra advertir que en el desempeño de aquél, sobre todo la actividad que tienen los organismos de protección del derecho de los Derechos Fundamentales, ha *descendido* para postrarse no nada más como criterios de orientación que en dado caso se pudieran dar, sino para su adopción positiva que a través de los jueces en jurisdicción interna se le puede dar.

Lo anterior se visualiza a través de lo resuelto el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco vs, Estados Unidos Mexicanos (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas):

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención.

Se deduce entonces la existencia ahora de dos tipos de controles de convencionalidad: por lo que se refiere al ámbito internacional, éste en relación con todos aquellos estados que reconozcan la competencia de los organismos acabados de mencionar, está el control concentrado de convencionalidad, así como en el plano interno a través de las distintas autoridades con competencia para ejercer un tipo de control de constitucionalidad el cual subsume al de convencionalidad estamos en presencia del control difuso de convencionalidad.

Este último ha sido corroborado por la jurisprudencia que al respecto emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.- Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio*... a cargo del poder judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea de por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.⁹⁸

⁹⁸ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, dic. de 2011, p. 557.

CAPÍTULO TERCERO.- EL PRINCIPIO PRO PERSONA Y EL JUICIO DE AMPARO

1. Principio pro- persona. Manifestaciones.

Hemos visto ya cada una de las vertientes en que la multicitada reforma en materia de Derechos Fundamentales se manifiesta, exponiendo cada uno de los puntos que han logrado en su conjunto armar una estructura firme, y fungiendo como soporte pleno a su objetivo mismo. No obstante ello, el *intenso carácter* de la misma no ha de verse reflejado necesariamente en aquellas. Hemos de poner especialmente atención a uno de los puntos que a pesar de haberla mencionado, aún no hemos hablado de manera fiel de su naturaleza y que constituye el propio espíritu de las transformaciones que entrañan la aceptación de los derechos del hombre, en un sentido *puro*, nos referimos al principio *pro persona*.

Entender este principio implica que necesariamente habremos de remitirnos a uno de los conceptos jurídicos fundamentales del derecho el cual ha servido, no obstante a las concepciones tan diferentes que sobre el mismo se tienen, como herramienta para poder entender el derecho. Nos referimos a la noción de derecho subjetivo.

Podemos decir que la naturaleza esencial del mismo concepto no implica otra cosa que el reconocimiento de que:

Para que sea dable y posible el desarrollo de esa vida en común, para que puedan establecerse las relaciones sociales, para que, en una palabra, pueda existir la sociedad humana, es menester que la actividad de cada quien esté limitada en tal forma, que su ejercicio no ocasione el caos y el desorden, cuya presencia destruye la convivencia. Esas limitaciones a la conducta particular de cada miembro de la comunidad en sus relaciones con los demás sujetos que la integran, se traducen en la aparición de exigencias y obligaciones mutuas o recíprocas, cuya imposición no sólo es natural, sino necesaria, obra del

derecho, que sociológicamente responde como el medio imprescindible de satisfacer esa necesidad de regulación.⁹⁹

Esto implica la necesaria distinción como lo señalaría atinadamente Ignacio Burgoa de algunas de las manifestaciones en que tiende a expresarse las diferentes relaciones que se dan cuando "... no se puede concebir al sujeto fuera de la convivencia con sus semejantes. La vida común es, pues, un hecho y un supuesto indiscutible"¹⁰⁰. Cuando está fuera de nuestro alcance concebir al individuo como un ser que pudiera vivir apartado de la entramada social, esto de acuerdo con la conocida tesis de Aristóteles.

Así, para el distinguido tratadista¹⁰¹ existen aquellas relaciones que se establecen por distintos tipos de razones necesariamente entre dos o más sujetos ya sean de índole privada (derecho privado) o de derecho social formando ambas lo que constituye las *relaciones de coordinación*. Ahora, existe con motivo de la representación social o de la delegación del poder soberano por parte del pueblo a autoridades de forma ineludiblemente aquellos enlaces que llegan a establecerse en función de la administración del Estado entre las mismas a las que considera *relaciones de supraordinación*. Y finalmente, aquellas que ya no llegan a establecer situaciones igualitarias, esto es, entre sujetos que se encuentren en un mismo plano uno respecto del otro como sucede entre particulares y autoridades, nos referimos a las que se instituyen entre gobernantes y gobernados, que el autor llama de *supra - subordinación*.

Otro de los intentos más acertados en la manera de interpretar tal concepto fue en 1913 por Hohfeld, quien lo definió en cuatro significados:¹⁰²

- 1) Derecho o pretensión como derecho a exigir una cosa;
- 2) Privilegio o libertad como tengo derecho a usar esta servidumbre de paso;
- 3) potestad o poder como tengo derecho de ordenar a otro u otros; y
- 4) Inmunidad o independencia como derecho a resolver los propios asuntos.

⁹⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 66, p.155.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 166-167.

¹⁰² Cárdenas, Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, UNAM, 2010.

Los opuestos a los cuatro conceptos básicos son:

- 1) No derecho como no tengo derecho a exigir una cosa;
- 2) Deber como no tengo derecho a ejercer mi libertad;
- 3) Incompetencia como no tengo derecho a ordenar a otro u otros; y
- 4) Sujeción como no tengo derecho a resolver mis asuntos con independencia.

La organización pues de una sociedad entraña como se observa la necesidad de que existan, dada la naturaleza del ser humano contenciones al ejercicio que demanda la propia libertad de la que él mismo dispone. A los que se les puede decir *diques* en asunción a la felicidad del ser humano. Sabemos, como lo acabamos de decir, el individuo se absorbe en el complejo comportamiento que entraña la vida en sociedad. Y para hacerlo no requerirá otra cosa el establecimiento de los límites a su propia conducta entre la cual *figure* como parámetro de responsabilidad en la conducción del objetivo social.

Así, el establecimiento de la sociedad requerirá siempre del derecho para desarrollarse, *o lo que equivale a decir que la respuesta ante la felicidad de cada sujeto se encuentra precisamente en la restricción de la propia voluntad del otro*, obvio es que tal limitación siempre debe ser hasta donde no suponga un detrimento en la *persona*.

Visto esto podemos decir que la idea del derecho como conjunto de normas que regulan la conducta de los individuo dentro de una sociedad, no podría en lo absoluto entenderse sin este elemento de demarcación (que constituye el derecho subjetivo) que si bien lastima al ser humano en su actuar libre, al mismo tiempo le mantiene a salvo en cuanto el derecho, el (ordenamiento) no pase del borde que inspira la dignidad de éste y de ahí que le permita su realización.

Ahora, como bien sabemos, cuando nuestro antiguo artículo primero constitucional nos hablaba de que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, *dichas garantías participaban de el elemento antes descrito, o sea, del derecho subjetivo*.

En el capítulo que nos antecede vimos que las llamadas garantías individuales no constituían otra cosa más que derechos del hombre, derechos fundamentales,

estos habrían de verse como una inconmensurable, intangible y desproporcionada masa de “derechos”, los cuales era preciso acotar.

Acabamos de decir que si bien el hombre nace libre, la inevitable convivencia de este con sus semejantes requiere que esa misma libertad debe de interpretarse solo en el sentido de que los actos realizados por aquél, no constituyan obstáculos para que al lado de otros sujetos no degeneren o trastoken el sentido de bienestar del otro. Así, las *garantías individuales fijaban un radio de actividad de la persona fijando los parámetros necesarios para la interpretación de la inconmensurable masa de derechos humanos de la que hemos referido*. Los derechos del hombre, como bien lo señalara Ignacio Burgoa *eran el género y las garantías su especie*.

Considerado esto, cuando la nueva redacción del artículo primero ya no nos habla más de un modo de preferencia sobre las garantías individuales haciéndolo hoy por derechos humanos, esto es, siendo estos mismos acotados, o delimitados por la demarcación que los preceptos de la constitución les confería; la pregunta sería en el siguiente sentido: si los principios de tales derechos, o sea los de interdependencia, universalidad, etc., suponen una cadena interminable e indefinida de los mismos ¿Cuáles serán ahora aquellos atributos ahora sí que en contraposición a derechos, los que debamos *asir*, para estar en condiciones de *proteger de forma certera a la persona*? Es decir, y esto tiene que ver con la validez y eficacia del derecho que más adelante habremos de tratar; si bien el cambio de redacción constituye un avance, un progreso de magnitudes extraordinarias, en verdad podremos, sin trastocar otros principios fundamentales que le permiten al sistema jurídico ser coherente consigo, como es el caso del de legalidad, de la división de poderes, de jerarquía entre otros pues los mismos de por sí han sido suficientemente eficientes obvio es en teoría para la protección y seguridad jurídica del individuo, hacerse realizable, y no ser una simple utopía.

No queremos por ello decir, que los derechos humanos, sugieran ser, o, constituyan un obstáculo para el quehacer del Estado a través del sistema jurídico, no, de ningún modo es así, sino lo que intentamos decir es que vistos estos en su forma “gigantesca”, no sólo traspasaría la capacidad del propio sistema jurídico,

sino pudiese constituir un retroceso al propio Estado, recordemos pues, que si bien la Revolución Francesa nos trajo maneras de vivir mejor, también el pueblo al concebir al individuo como centro de todo, provocó la catástrofe del mismo, teniéndose que rediseñar la concepción individualista en que se tenía al hombre.

Ahora bien, visto lo anterior, nos encontramos en condiciones de poder abordar dicho tema con la medida y proporción que un tema de tal naturaleza requiere, esto es, hemos llegado al punto que nos interesa el cual como lo dijimos al principio ha de ser la definición del rostro de la reforma de derechos humanos. Así, derivado de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo primero constitucional y que entraña un nuevo control de constitucionalidad (control de convencionalidad), que a la letra dice que “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.” Implicará remitirnos siempre a aquellas normas relativas a derechos fundamentales que supongan una mayor protección al individuo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es clara cuando nos dice:

El segundo párrafo del precepto citado, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona). Ahora bien, dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad. Esto es, tal consonancia consiste en que la ley permite una interpretación compatible con los contenidos de los referidos materiales normativos a partir de su delimitación mediante los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los criterios -

obligatorios cuando el Estado Mexicano fue parte y orientadores en el caso contrario- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰³

Esto es, todo el ordenamiento jurídico necesariamente deberá ser interpretado siempre bajo el enfoque que la Constitución y los tratados internacionales relativos a derechos humanos puedan dar. Lo que equivale a decir, que en cada uno de las ramas en que el derecho se desarrolla, administrativa, penal, laboral por mencionar algunas, los operadores jurídicos deberán siempre tener como referente interpretativo las normas de derechos que conforman el bloque de constitucionalidad, bloque de constitucionalidad que en oposición a lo que de forma expresa señala la anterior jurisprudencia cuando habla de la Constitución y de los tratados internacionales como si fuese “*uno*”, las demás normas que contengan la esencia de los derechos del hombre también deberán de considerarse parte de tal bloque de constitucionalidad

El distinguido tratadista “...Fix-Zamudio afirma, con razón, que la interpretación conforme es un instrumento que se aplica constantemente por tribunales, cortes y salas constitucionales “...aun cuando esta aplicación no sea consciente por parte de dichos juzgadores”¹⁰⁴, no obstante ello, el que de manera expresa lo señale la propia constitución hará que no pueda existir ningún tipo de excusa por parte de cada uno de los operadores, pero sobre todo por parte del juzgador, para considerar cada uno de los preceptos que conforman nuestro sistema jurídico, siempre a la luz de las normas de derechos humanos o del llamado bloque de constitucionalidad.

Así pues, nuestro artículo primero constitucional ha introducido, no obstante que como anteriormente señalamos ya se practicaba, solo que no de manera obligatoria por parte de nuestras autoridades, la cláusula de interpretación conforme. Aunado a ello, previniendo siempre que aunque tal cláusula constituya

¹⁰³ Tesis 1ª. CCXIV, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, jul. de 2013, p. 556.

¹⁰⁴ Orozco Henríquez, José de Jesús, (2013, 22 de septiembre). Los derechos humanos y el nuevo artículo 1ro constitucional. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200005

proteger al individuo ante cualquier tipo de interpretación que se le pueda dar a cualquier norma, por sí misma no lo es del todo suficiente. Introdujo así, *un plus*, en la consecución del propio objetivo de la reforma que es el ser humano, o sea el principio pro persona o *pro homine*.

En concepto de Martín Ábrego y Christian Courtis,

*El principio pro persona o pro homine consiste en un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de suspensión extraordinaria. El principio coincide con el rasgo fundamental de derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.*¹⁰⁵

Así, tal principio propone discernir sobre aquellos elementos que abonan en la construcción de una interpretación en la cual la persona sea el centro de interés del Estado. La introducción de tal principio tiene que ver con, posicionar al Estado mexicano en aquellos parámetros dentro de los cuales podamos aducir existe un respeto por la dignidad del ser humano. Estando por ello a la par junto con otros países en cuanto a su protección se refiere.

Antes de ver tal principio en sus dos manifestaciones hemos de considerar necesario para efectos de comprenderlo mejor, que tal método interpretativo no obstante a que se dice es de cuño reciente, en realidad de manera indirecta tiene su referente dentro de nuestro propio sistema jurídico y también del ámbito internacional. Así el artículo 18 constitucional en su párrafo quinto ya nos hablaba del mismo, al respecto:

La operación del sistema en cada orden de gobierno no estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de

¹⁰⁵ Castilla, Karlos, (2013, 23 de septiembre). El principio pro-persona en la administración de justicia. Recuperado de:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>

orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y *el interés superior del adolescente*.

Es el caso también del artículo 14 constitucional cuando nos habla de que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; que a *contrario sensu* no quiere decir otra cosa que se permita la aplicación de la ley de forma retroactiva siempre y cuando favorezca más que la actual al reo.

Así también, el artículo 29 de la convención interamericana de derechos humanos nos dice cuando nos habla sobre las normas de interpretación:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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

Se observa entonces sólo una confirmación de tal principio en nuestro aparato normativo. Si bien tal principio hubo de aplicarse en las interpretaciones que los jueces realizaban como es el caso que acabamos de apuntar en el artículo 14 y 16 constitucional, el cual siempre requirió una interpretación indirecta (*contrario sensu*) y no gramatical, en otros, en realidad eran siempre efectuadas bajo criterios de selección aventurados sin un soporte como supone serlo una norma de rango constitucional.

Al respecto Miguel Carbonell nos dice:

Es mejor contar con una Constitución con terminología moderna y criterios explícitos para no depender del compromiso garantista de jueces altamente capacitados sino, en forma expresa desde el nivel constitucional y sin pretextos, establecer la incorporación obligatoria de parámetros internacionales en el respeto y protección de los derechos humanos, razón por la cual sí cabría hablar de un nuevo modelo —ahora explícito, más amplio y necesariamente más eficaz— para la impartición de justicia en el ámbito de los derechos humanos.¹⁰⁶

Así pues, esta herramienta hermenéutica a través de su consagración expresa en la Constitución no pone en entredicho que la misma tiene la capacidad de permear todo el sistema jurídico como criterio *automático* garantista del mismo. Y hablamos de que consiste en un criterio indeliberado puesto que no presupone la concurrencia de circunstancias especiales que lo deban revestir de admisibilidad en la aplicación de la normativa, tal como se necesitaba tratándose del interés superior del adolescente, sino su cumplimiento maquinal o si se pudiese mejor considerar ya en la forma inconsciente de aplicación por parte del operador. Cumpliéndose así también con los parámetros dentro de los cuales se debe subsumir la actividad del Estado mexicano que sugiere el control de convencionalidad. Al respecto señala la siguiente tesis que:

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no

¹⁰⁶ Carbonel, Miguel, en Orozco Henríquez, José de Jesús, (2013, 23 de septiembre). Los derechos humanos y el nuevo artículo 1ro constitucional. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200005

obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁰⁷

Ahora bien, no obstante que actualmente no existen criterios de aplicación bien definidos, hasta ahora la doctrina ha considerado que tal pauta de interpretación se revela de manera general dentro de tres manifestaciones, a saber: cuando exista *conurrencia* de normas, cuando exista una *sucesión* de las mismas, así como también, cuando se advierta una *pluralidad* en su significado.

Ante la posibilidad de la existencia de dos o más normas jurídicas que supondrían tratar los mismos presupuestos a determinados casos en concreto, es una cuestión que atiende tal principio desde dos vertientes a saber, entre la escogitación en un sentido simple y menos complejo que es entre una norma y otra; y entre la escogitación entre dos normas que no tienen el atributo de

¹⁰⁷ Tesis 1a/ J., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, dic. de 2012, p. 420.

compartir la misma temporalidad. Esto es, en la primera de ellas nos encontramos solamente ante el dilema de aplicar aquella norma que más tienda a favorecer al sujeto sobre el cual pudiera ser la misma aplicada; y en la segunda, habremos de decidirnos por aquellas que sugiera una protección más amplia para aquél con independencia del criterio *lex posterior derogat a lex anterior*, podríamos pues hacer válida incluso a la norma que se supone sustituir por una nueva, claro está, siempre si protegiese en un sentido más amplio y menos restrictivo si se tratase de restringir derechos, a la persona.

Se observa pues aquí, que si bien no era, en el caso primero, del todo aceptada esta práctica por parte de los operadores jurídicos en el caso principalmente de los jueces, en realidad sí habíamos de contemplarla como una opción en nuestras interpretaciones; no así en el segundo de los casos, en el cual, es evidente que la consideración de que al momento de interpretar podamos abrazar aquella norma considerada derogada por otra en su sustitución, ahora sí que en todos los ámbitos en que el derecho se desenvuelva, no sin advertir que en materia de derecho penal era permitido por ser un caso de relevancia ya que la privación de la libertad ha de contemplar innumerables objeciones antes de concretarla, representa una revolución de criterios dentro del sistema jurídico el cual es evidente que rompe con los esquemas en los que hasta hoy le han llegado a proporcionar su respectivo equilibrio.

Es importante señalar de forma separada que ambas formas de escoger la norma que más proteja al sujeto, llegan a contemplar uno de los aspectos más comprometedores de la reforma y que es el de la *jerarquía normativa*.

Para efectos de una mejor comprensión de tal concepto compuesto, habrá de ser necesario su examen en dos tiempos: a saber, el de jerarquía primero, y posteriormente su análisis ya con el término normativo. Así pues entendemos por jerarquía según la real academia española viene “(De *hierarquía*).1. f. Gradación de personas, valores o dignidades.” Esto es, elementos cualesquiera que sea su especie que va encima del otro, pero, que más que ello esto contempla un elemento “gradante” permítasenos tal expresión, podemos decir según la RAE que significa:

(Del lat. *gradatĭo*, *-ōnis*). 1. f. Disposición o ejecución de algo en grados sucesivos, ascendentes o descendentes. 2. f. Serie de cosas ordenadas gradualmente. 3. f. *Mús.* Período armónico que va subiendo de grado en grado para expresar más un afecto. 4. f. *Ret.* Figura que consiste en juntar en el discurso palabras o frases que, con respecto a su significación, vayan como ascendiendo o descendiendo por grados, de modo que cada una de ellas exprese algo más o menos que la anterior.¹⁰⁸

Ahora bien, “El principio de jerarquía normativa permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango. La Constitución garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa”¹⁰⁹.

No existe pues en una y otra de las manifestaciones acabadas de enunciar ninguna independencia respecto a este criterio de jerarquía en la consecución de la protección del ser humanos; es decir, pudiera suceder en uno y otro caso ya sea entre una concurrencia simple de normas en conflicto sobre cuál será la que se aplique para favorecer más al individuo y en el otro que es de temporalidad, que una norma de menor jerarquía prevalezca sobre otra de mayor jerarquía siempre y cuando se favoreciera más al individuo en el caso concreto.

La escasa doctrina que existe hasta ahora sobre tal cuestión se encuentra de acuerdo en el sentido de interpretar este hecho tal cual lo hemos señalado. No obstante ello, consideramos, pese a que en múltiples investigaciones se deje ver lo contrario, que este tema, no de menor importancia por supuesto, los estudiosos han de tratarlo en un sentido meramente didáctico, esto, para efecto de que el mismo modo de proceder con tal criterio, se logre de una forma comprender mejor.

Estimamos de suma importancia las siguientes consideraciones que al respecto nos señala Ayala Corao que:

¹⁰⁸ Real Academia Española, (2013, 23 de septiembre). Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=jerarqu%C3%ADa>.

¹⁰⁹ Enciclopedia Jurídica, (2012, 24 de septiembre). Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jerarquia-normativa/jerarquia-normativa.htm>.

La jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por tanto la Constitución, la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del derecho estatal.¹¹⁰

Aquí, tan distinguido autor, no deja duda sobre la categoría que para él comprende ser la Constitución de cada país. Lo considera pues el único instrumento que puede “decidir” entre esto o aquello, y por consiguiente decidir sobre cualquiera de los aspectos jurídicos que inciden dentro de cualquier sistema de derecho interno que pudieran surgir.

Es por ello que consideramos que tal principio de jerarquía en materia de derechos humanos aún no deja, ni dejará al menos de existir; esto, en cuanto viene a ser la misma norma fundamental la que permite que en un proceso de selección de normas, en cualquiera de las manifestaciones anteriormente expuestas, se llegue incluso a preferir aquello que sea de menor respecto a la de mayor jerarquía. Lo anterior se constata cuando:

Como bien lo exponen Montealegre y Mera, no se trata de que los ordenamientos nacionales reciban las leyes internacionales como cuerpos extraños; y establecen una argumentación al respecto. Por el contrario, es en los sistemas nacionales mismos donde está el origen de la preocupación por los derechos humanos. Lo que el derecho internacional ha llevado a cabo, en efecto, no es más que la elaboración y maduración de esos postulados constitucionales. En realidad, se trata de un proceso que debió haberse cumplido en los propios sistemas jurídicos nacionales, pero que por circunstancias históricas en las que no es del caso entrar aquí, se realizó en el

¹¹⁰Ayala Corao, Carlos, (2013, 23 de séptiembre). La jerarquía de los tratados de derechos humanos. Recuperados de:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/10/art/art13.htm>.

ámbito del derecho internacional. En la forma de un verdadero mandato tácito, el derecho internacional desarrolló para los ordenamientos nacionales sus postulados jurídicos fundamentales.¹¹¹

Pudiendo decir pues, asumiendo por lo anteriormente expuesto, una posición *nacionalista*, que no son otros mas que los “Estados adoptan la decisión soberana de formar parte de un esquema supranacional de protección de los derechos humanos, y al hacerlo se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH...”¹¹²

Otra de sus manifestaciones sería aquella ante la cual no necesariamente existe una concurrencia de normas ya estuvieran en el mismo nivel jerárquico o que no correspondiese a una misma temporalidad y ante las cuales debiésemos elegir aquella más protectora para el sujeto de derecho. Esto es, aquí no existe la disyuntiva de elegir entre varias posibles normas a aplicar las mismas en su sentido gramatical, o por qué no poder decirlo, en su sentido directo o tangible. A esta se le conoce como la de meramente interpretativa.

Para efectos de comprender este tipo de manifestación mejor, consideramos acertado describir el concepto de interpretación según el diccionario de Pina Vara:

La interpretación es una actividad siempre necesaria y previa a la aplicación del derecho. La idea de que las normas legales oscuras son la únicas que pueden ser objeto de interpretación, se basa en un profundo error acerca de los fines de la interpretación, porque, como escribe RUGGIERO, si la aplicación de la norma implica una labor de inteligencia para la subsunción del caso particular, no es posible realizarla sin su previa interpretación, aparte de que la claridad y oscuridad son conceptos relativos; una ley clara en su texto puede ser ambigua

¹¹¹ Chacón Mata, Alfonso, (2013, 24 de septiembre). Breve reseña de la naturaleza y alcance del derecho internacional de los derechos humanos. Recuperados de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/10/art/art13.htm>.

¹¹² Serna de la Garza, José Ma., “Internacionalistas vs. Nacionalistas. Reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México”, en González Plasencia, Luís y Morales Sánchez, Julieta, (coords), *Derechos humanos. Actualidad y desafíos*, México, Fontamara, 2012, p. 14

y oscura en cuanto al fin que se propone, y una que no se preste a dudas nunca, puede convertirse en dudosa por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones que produzcan la duda en cuanto a si son o no regulados por la norma hasta entonces aplicada invariablemente¹¹³.

De esto se deduce, que siempre, no obstante a que se llegue a considerar la lectura de tal o cual precepto como lo suficientemente clara como para poder aplicarlo de forma automática o mecánica, siempre será necesario desentrañar el contenido del precepto; puesto que, dejando de lado que cada operador jurídico por diferente tipo de formación que hubiese tenido, haga una interpretación diferente de la misma, en realidad lo que llega a considerarse de mayor valor y el mismo autor lo señala, viene a ser las circunstancias específicas de acuerdo al caso concreto en que la interpretación se lleve a cabo, pudiendo tener lugar la concurrencia de una pluralidad de significados de los cuales uno se deberá de tomar.

Sería el caso este pues de este tipo de manifestación, en el cual escogeremos aquél signífico, resultado de la pluralidad de definiciones que se desentrañaron mediante el proceso de interpretación, que se considere que llega con el mismo a investir tal precepto de mayor protección hacía el individuo.

Ahora bien, dada la manera en que el principio *pro persona* se expresa aquí, existe como parámetros de admisibilidad de aquella interpretación más favorecedora dos formas, a saber la extensiva y otra, que dada la naturaleza de tal principio no podía soslayar, a la restrictiva.

La interpretación extensiva tiene como propósito fundamental fijar a través de la misma un radio de protección para el sujeto a quien la norma pudiera afectar. Esto es, propone aquella significación del precepto que exprese mayor adhesión por x o y determinado derecho fundamental, claro dado está, de acuerdo a las características del caso en cuestión. Así pues tenemos que, ante la concurrencia de diferentes significados de un mismo precepto con obligatoriedad habremos de tomar la que revista al individuo de mayor dignidad.

¹¹³ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34a. ed., México, Porrúa, 2005, p.329.

Visto hasta aquí la naturaleza del principio *pro homine*, la cual siempre tiende a apuntar a que se solidifique el respeto por el valor de los derechos fundamentales, es evidente que así como el mismo promete en su actuar abrazar el mayor número de elementos dentro de la interpretación de una norma para una mejor protección, así como escoger de entre una concurrencia de las mismas las más optimizadora; resultaría un contrasentido del mismo principio que cuando se trate de situaciones especiales a través de la cual se tuvieran que restringir derechos, éste no operase. Se deberá escoger aquel significado de la norma que menos pudiese afectar o reducir la esencia de x o y derecho fundamental.

Hasta aquí pues de forma breve, hemos visto la manera general en que se manifiesta este principio que privilegia lo advertido y no advertido de cada uno de los preceptos que al momento de involucrarse en el caso en cuestión se da. Pues como bien se señaló, al momento de decidir pudiesen estar a la vista con nítida claridad que es precisamente lo que sucede en la concurrencia de varias normas, los elementos que tal principio llame a seguir para un mayor aporte al propio objetivo de su labor. Por el contrario, en el caso de escoger de una misma norma una sola interpretación ante la multiplicidad de significados que al intérprete le arroje, es una tarea ardua que exige ver a la luz del valor humano el contenido del precepto. Al respecto de esta última Franco Modungo nos dice que:

El intérprete, después de determinar el significado de un texto, está interesado en construir proposiciones generalmente prescriptivas; “Porque además de prescripciones, el derecho consta según algunos, de normas constitutivas (extraíbles de enunciados aparentemente descriptivos). También el lenguaje expresivo, que parece ser el más lejano de una utilización de carácter jurídico, puede ser jurídicamente relevante, por ejemplo en la construcción de principios generales; al respecto piénsese en el papel de los preámbulos y de las declaraciones que preceden los textos legislativos o constitucionales, a menudo llenos de enunciados expresivos¹¹⁴.

¹¹⁴ Modungo, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, México, FUNDAP, 2004, p.18.

Por último, no obstante a tratarse de forma separada ambas manifestaciones de tal principio, lo cierto es que una y otra pudieran coexistir ante cualquier caso en cuestión; esto es, una y otra para efectos de maximizar la protección en la aplicación del derecho, pueden las dos formas bien combinarse. Ejemplo de ello sería cuando, una vez nos decidimos sobre la norma más protectora, pudiésemos no conformarnos y escoger de la misma una interpretación más benéfica ante la pluralidad de opciones de significado de la misma.

2. Principio pro persona. Sub-principios.

El principio pro persona como sabemos es la idea principal que subyace a los derechos fundamentales, la cual como ya se ha dicho busca siempre salvar el material valorativo que sustentan la naturaleza de la esencia del ser humano. Tal idea de propender siempre hacia el bienestar del hombre no se agota en la acústica de su propio eco, sino que se dispersa en diseños concretos para su aplicación. Es el caso pues de que el mismo se define en las siguientes líneas para su concreción.

Este sub-principio en que se diluye el principio *pro homine*, consiste en que en caso de que el juzgador, en materia de derecho penal, encontrase inconsistencias a la hora de valorar la carga de la prueba contra el inculpado, esto es, en caso de que el primero no encontrase elementos necesarios para emitir una declaración de culpabilidad al que haya sido imputado de la conducta antijurídica, deberá optarse siempre por la libertad del segundo: *principio pro reo*.

Esta manifestación del principio *pro homine* la podemos encontrar de forma implícita en nuestra Constitución de acuerdo a la jurisprudencia que al respecto emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que señala:

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de

presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio *in dubio pro reo*, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado¹¹⁵.

Otra manifestación del multicitado principio aduce a una responsabilidad del intérprete por acudir al significado de la norma que mayor alcance tenga cuando entra en juego el elemento de libertad. Esto es, busca a través de la interpretación asegurar cuándo el supuesto de libertad se encuentre en juego ante los distintos tipos de existencia de detención. Nos referimos al de *favor libertatis*.

Consideramos a tal sub-principio como una de las formas más representativas en que se traduce el principio *pro homine*, pues representa la pauta como lo dijimos al principio para que el ser humano se realice, pues el mismo no equivale a otra cosa que el único medio a través del cual el ser humano tendrá oportunidad de acceder a su realización personal. Burgoa de manera general da un concepto de libertad:

Ésta en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular. Se dice, por ende, que cada persona es libre para proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución¹¹⁶.

¹¹⁵ Tesis 1a. LXXIV, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, ago. de 2005, p.300.

¹¹⁶ Burgoa Orihuela, *op. cit.*, nota 18, p.304.

Ahora, por medio del principio *favor rei* que significa estar a favor del reo, el tribunal de alzada tiene la facultad de proporcionar para con el acusado la sentencia o bien la absolución que más convenga inculpado.

Al respecto la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte confirma a adaptación de tal criterio en la proporción de las penas en la siguiente tesis:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS. SI EN LA SENTENCIA APELADA EXISTE INCONGRUENCIA ENTRE EL GRADO DE PELIGROSIDAD DETERMINADO Y LA PENA IMPUESTA, EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE MODIFICAR LA SEGUNDA E IMPONER A FAVOR DEL REO LA QUE EFECTIVAMENTE LE CORRESPONDA.

Ante la falta de impugnación eficaz del Ministerio... a fin de hacerlo congruente con las sanciones impuestas, si a dicho grado de temibilidad social corresponden penas inferiores, pues lo conducente en tal caso es que de advertirse una incongruencia entre el grado de peligrosidad establecido y la pena impuesta, el resolutor de segunda instancia proceda a modificar la pena, imponiendo en favor del reo la que efectivamente corresponda al grado de peligrosidad determinado en la sentencia apelada.

Tenemos, otro sub-principio que al igual que el que acabamos de ver atiende para su protección a la situación de vulnerabilidad de determinado sujetos. Así pues, en el anterior en materia penal se pone de manifiesto perjudicar lo menos que se pueda al reo como persona que se encuentra en riesgo de perder un elemento indispensable de la dignidad del ser humano que es la libertad, en éste lo que se busca es que aquél que hubiese sido víctima, por tal condición no se le desproteja. Esto es, estar a favor del más débil en cualquiera de las diferentes relaciones a través de las cuales se ponga un sujeto en tal condición. Nos referimos al principio *favor debilis*, y el cual podemos apreciar en la siguiente tesis:

El contrato de adhesión contiene cláusulas esenciales establecidas previa y unilateralmente por un proveedor de bienes o servicios sin que la contraparte consumidora tenga oportunidad de discutir su contenido... su interpretación debe ser conforme a los principios protectores como el *favor libertatis* (en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien han estipulado algo y en

liberación de quien ese ha obligado), el *favor debilis* (protector de la parte débil, deudor o acreedor) y aquellos que sean favorables al consumidor¹¹⁷.

Otro principio que sustancia la interpretación a favor de determinado sujeto que por encontrarse en situación de vulnerabilidad se aplica, es el *pro operatio*. De la misma forma que el anterior, este propende a que aquél le abrace en cuanto debamos interpretar la norma a aplicar al caso concreto favoreciendo siempre al más débil, en este caso al trabajador, como lo contempla la tesis siguiente:

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. SÓLO PROCEDE SU APLICACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY LABORAL, MAS NO TRATÁNDOSE DE VALORACIÓN DE PRUEBAS.

El artículo 18 de la ley federal del trabajo, que establece que en la interpretación de las normas laborales deben tomarse en consideración las finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. del citado ordenamiento legal, y que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, se refiere a la aplicación de las normas laborales ante la duda sobre su interpretación por los tribunales del trabajo en beneficio del trabajador, mas no sobre la valoración de pruebas; en consecuencia, el principio in dubio pro operario previsto en el artículo citado no opera cuando se refiere a la existencia de duda respecto a cuestiones de fondo, sino a la interpretación de un precepto de la ley laboral.¹¹⁸

Y por último, tenemos a aquél que tiene como propósito el que mantengamos garantizado nuestro acceso a la justicia. Toda vez que se pretende acceder a la misma por medio de los instrumentos que al efecto el Estado crea se deberá tener siempre la posibilidad de acceder a ella. Esto en el sentido de que aún en caso de que determinadas formalidades no se cumplieran por parte del peticionario en la procuración de justicia, si hubiese duda respecto a la admisibilidad del escrito de

¹¹⁷ Tesis I.7o.C.154 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, dic. de 2010, p.1748.

¹¹⁸ Tesis IV/3o.t.190 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, dic. de 2004, p. 1407.

demanda, se deberá admitir. Nos referimos al principio *in dubio pro actione*. Al respecto la Suprema Corte señaló que:

Los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustentan el derecho humano a la protección judicial efectiva, que incluye contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos para impugnar la vulneración a derechos fundamentales. En ese sentido, acorde con los artículos 1o. y 103, fracción I, de la Carta Magna, como el juicio de amparo es la vía idónea para garantizar el respeto al mencionado derecho humano...el aludido principio *in dubio pro actione* o *favor actionis*, exige que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.

3. El nuevo juicio de amparo.

Como fue precisado con anterioridad, el principio *pro persona* tiene como teología orientadora el que sea la norma que tutele con mayor amplitud y eficacia la que deba aplicarse en la substanciación de un caso concreto relativo a Derechos Fundamentales. De esta forma al haberse constituido el Juicio de Amparo, "...como el principal instrumento que tienen los gobernados para hacer efectiva la autolimitación del poder público"¹¹⁹, es éste su medio efectivo de operación, al haberse constituido como el más importante de los cambios, la ampliación del objeto de protección a los Derechos Fundamentales. Por supuesto que ello no obsta para que otros cambios de "menor calado" vengan a facilitar la

¹¹⁹ Dictamen de la Comisiones Unidas de Justicia; de Gobernación; de Estudios Legislativos, relativa al Proyecto de Decreto para expedir la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2013, 27 de septiembre).

Recuperado de: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0812/5.2NuevaLeyAmparo.pdf>.

instauración de dicho “juicio de garantías”. Entre los cambios introducidos en este tenor en la nueva legislación reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucional se encuentran los siguientes:

Se podría considerar que el segundo de los cambios introducidos en la nueva Ley de Amparo, de acuerdo a su trascendencia, es el del cambio en el tipo de interés para solicitar la protección de la justicia federal. Una vez publicada la reforma legal el día martes de abril de 2013, una nueva figura emergió de la renovada disposición: el “interés legítimo”. Al respecto en el dictamen del Senado de la República se señala que éste “Se trata de una institución que permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de la afectación directa a un derecho reconocido por el orden jurídico o bien, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico”¹²⁰. De esta forma la legislación en comento se apartó de un concepto de interés jurídico muy vinculada con la teoría del derecho subjetivo, pero que ya no resultaba idónea en el nuevo sistema de protección de los Derechos Fundamentales. Quedando establecido en el artículo 5 de la referida disposición que:

Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo. El juicio de amparo podrá promoverse

¹²⁰ Dictamen de la Comisiones Unidas de Justicia; de Gobernación; de Estudios Legislativos, relativa al Proyecto de Decreto para expedir la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2013, 27 de septiembre).

Recuperado de: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0812/5.2NuevaLeyAmparo.pdf>.

conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley¹²¹.

Otro de los importantes cambios en el juicio de amparo, es la posibilidad de considerar a los particulares como autoridades responsables, al prescribir el artículo 5 en su fracción II que será parte en el juicio de amparo:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general¹²².

Por otra parte, aunque previo a la publicación de la reforma de la Ley de Amparo, se concedieron posibilidades extraordinarias a las Declaratorias Generales de Inconstitucionalidad, incluidas en el título cuarto de la nueva Ley de Amparo; en realidad dicha figura jurídica solamente atenúa sin llegar a eliminarlo, el principio de relatividad de las sentencias de amparo. Por tanto la llamada “Formula Otero” viene a coexistir con esta nueva figura, estableciéndose en el capítulo sexto de la Ley de Amparo que “Cuando las salas o el pleno de la

¹²¹ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

¹²² Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma”¹²³. Y que

Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos¹²⁴.

Por otra parte, al ser reconocido como un abuso sistemático en el antiguo modelo del juicio de garantías, la suspensión de actos reclamados que muchas veces transgredían el interés público, se llegó a la conclusión de instituir una ponderación entre las variables de la apariencia del buen derecho y la no afectación o afectación mínima del interés social, esto como un mecanismo que permitiera corregir viejos abusos que subvertían la teología de la institución. Al respecto la nueva disposición señala que:

Artículo 138. Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social y, en su caso, acordará lo siguiente: I. Concederá o negará la suspensión provisional; en el primer caso, fijará los requisitos y efectos de la medida; en el segundo caso, la autoridad responsable podrá ejecutar el acto reclamado; II. Señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia incidental que deberá efectuarse dentro del plazo de cinco días; y III. Solicitará informe previo a las autoridades responsables,

¹²³ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

¹²⁴ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

que deberán rendirlo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, para lo cual en la notificación correspondiente se les acompañará copia de la demanda y anexos que estime pertinentes¹²⁵.

Ahora bien, con el objetivo de lograr la concentración y expeditos procesal en el juicio de amparo, se creó la figura del “amparo adhesivo”. A través de esta figura jurídica se pretende “aglutinar” en un solo procedimiento de amparo, todas las posibles violaciones procesales cometidas en el transcurso de un mismo procedimiento, permitiendo que quienes hayan sido vulnerados en su esfera de derechos, puedan hacerlo en un mismo procedimiento y no a través de juicios separados como acontecía en la derogada ley. Al respecto la Ley de Amparo consigna que:

Artículo 182. La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia. La presentación y trámite del amparo adhesivo se regirá, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal de éste. El amparo adhesivo únicamente procederá en los casos siguientes: I. Cuando el adherente trate de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo definitivo, a fin de no quedar indefenso; y II. Cuando existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo¹²⁶.

Sin embargo es necesario no dejar de advertir que a pesar de que éstos y otros cambios menores en la institución del juicio de amparo, vendrán a ofrecer mayor certidumbre a los gobernador; los cambios surtirán sus mayores efectos en el apartado de conceptos de violación de dichos procedimientos, por lo que es en su argumentación donde podrá el principio *pro persona* operar en el nuevo modelo,

¹²⁵ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

¹²⁶ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

quedando en la nueva disposición, incluso como una obligación de los órganos jurisdiccionales implicados el “corregir los errores u omisiones que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y ... examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda”¹²⁷. El cambio de paradigma, desde las “garantías individuales” a los Derechos Fundamentales reconocidos, abre la posibilidad de que los operadores jurídicos argumenten en base a las normas que tutelen con mayor amplitud y eficacia los derechos de los gobernados.

4. La validez de la reforma constitucional en derechos humanos.

La magnitud de los cambios que la reforma en materia de derechos humanos ha alcanzado, esto es, en relación con el sin número de retos que los cambios hechos al artículo primero constitucional representa, nos dirige necesariamente la vista a si los mismos podrán en verdad alterar en sentido positivo la manera en que hasta ahora se venía tratando al derecho, que es evidente que tiene como objetivo principal tutelar al ser humano de manera completa.

Toca ahora dilucidar uno de los aspectos más importantes de la reforma el cual tiene que ver con el valor de lo *justo* del derecho pero sobre todo es un asunto de *validez* de la misma, “..pues una de las razones por las que se dice que el derecho tiene la capacidad se refiere justamente a la validez...”¹²⁸

Pese a la prolijidad que en relación al concepto de justicia existe, lo cierto es que tales intentos no han vuelto sino a concebir tal noción de forma que dicho

¹²⁷ Congreso de la Unión, (2013, 29 de septiembre). Ley de amparo. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

¹²⁸ Koppcke, María Isabel, (2013, 25 de septiembre). El derecho natural hoy. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=614&m=3740&p=1695&par=2>.

concepto no transporta sino *al infinito mundo en que se traducen las aspiraciones de cada ser humano*; esto es, en un incesante e inseparable esfuerzo cuyos resultados se traducen en el ocio de nuestra propia actividad estéril. Esto es así, puesto que aún no se ha logrado enmarcar de manera que adquiera la forma definida de una línea a la cual se deba de seguir en nuestra apasionada búsqueda que nos lleve evitar tropiezos.

Al respecto López Hernández señala que:

Para decir que una cosa existe, primero, tiene que poder ser descrita como una entidad caracterizada por la posesión de algunas propiedades que le dotan de una identidad y que la hacen identificable a través de los mismos, y segundo, esa entidad así caracterizada tiene que aparecer delante de un sujeto cognoscente. La forma de aparición de la cosa ante el sujeto es lo que llamamos su modo de existencia, que será diferente según el tipo de entidad de que se trate: si es una entidad factual deberá mostrarse ante el sujeto empíricamente, si es una entidad ideal, deberá mostrarse de una manera abstracta¹²⁹.

Así pues para los propósitos del derecho tal noción no debe estacionarse en la inerme tranquilidad que la concepción cómo valor le prodiga, sino aventurarnos a escapar de la efímera manera con la que es descrita, de lo contrario, seguiremos en la misma absurda forma de continuar.

En relación al concepto indescifrable de justicia Kelsen nos dice:

No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde platón a Kant.

No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que

¹²⁹ Lopez, Hernandez, José, en Iturralde, Victoria, (2013, 29 de septiembre). Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas. Recuperado de: http://bib.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=la+validez+del+derecho&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=&enviar=Buscar.

constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva: solo cabe el esfuerzo por formularla mejor¹³⁰.

Ahora bien, la corriente del derecho natural ha utilizado tal concepto como el único criterio que tiene la capacidad para justificar el derecho, esto es, el que el mismo obtenga su vigor no de otras fuentes que la que un conjunto de valores derivados de aquél, que si el derecho los cumple, lo podamos considerar como conjunto de normas válidas.

Así, para Carlos Nino, considerado eminentemente ius-naturalista, el derecho es válido solo si éste llega a atender a mandatos mínimos de moralidad.¹³¹

Así para el distinguidísimo autor las normas en tanto lleguen a poseer elementos de moralidad y por ello de justicia, podrán únicamente ser consideradas como válidas. Traducido esto a que en la realidad ningún juez podrá basar únicamente su actuación en normas jurídicas sin que el mismo deje de considerar sus decisiones en principios morales que pudieran llevarlo a una decisión fuera de lo considerado como justo.

Ahora bien, Kelsen en su teoría pura, en un intento por separar a la ciencia jurídica todos los elementos que le fuesen extraños, basa la validez de cada norma en el procedimiento formal que debe de seguirse en la creación de aquellas.” La norma hace las veces de esquema de interpretación. Ella misma es producida por un acto jurídico que a su vez recibe su significación de otra norma.”¹³² Explicándolo de la siguiente forma:

El derecho es un fenómeno social, pero la sociedad es un objeto completamente diferente de la naturaleza, en tanto conexión completamente diferente de elementos. Si la ciencia jurídica no ha de disolverse en la ciencia natural, el derecho tiene ser distinguido de la naturaleza con toda nitidez... si se

¹³⁰ Kelsen, Hans, *Qué es la justicia*, 3a. ed., México, Gernika, 2004, p.10.

¹³¹ Flores Mendoza, Imer. (2013, 28 de septiembre). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>.

¹³² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Edesa, 1982, p.30.

analiza cualquiera de los estados de cosas... tenidos por derecho como por ejemplo, una resolución parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un delito, puédese distinguir dos elementos... uno sensorialmente perceptible... el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese acto o suceso, una significación específica.¹³³

Diciéndonos pues, que tal significación funciona como material que la norma toma para sí, funcionando este como sustrato de contenido que el mismo sólo funciona como presupuesto de hecho de determinadas conductas de las cuales el derecho es necesario que el derecho regule. Recogiendo pues aquello de la *realidad de los hechos* de los cuales el derecho considera se deben de corregir.

En uno y otro autor es evidente que para el sustento de sus teorías utilizan argumentos que de extremos, han sido de gran valor, *más no de concreción y de la característica de resolución del que se debiera revestir al derecho*. Sin embargo ninguno de ellos advirtió que el término validez se encuentra más allá de tal concepto sino en su forma de aplicación definitiva. Esto es, ninguno busca aquella línea de demarcación de la que hablamos, pues el primero, Nino, identifica el valor de justicia única y simplemente a través de la principios morales advirtiendo que cada una de las decisiones de los jueces deberán, para considerarse justas, estar concebidas desde la óptica de la moral, por el contrario, Kelsen en un intento por depurar a la ciencia jurídica al mismo tiempo no advertía que él mismo limitaba al derecho, concibiendo aquél concepto irrealizable, al respecto nos dice:

Si se diera una justicia en el sentido en que suele invocarse su existencia cuando se quiere que prevalezcan ciertos intereses respecto de otros, fuera entonces por completo superfluo el derecho positivo y del todo inconcebible su existencia. Ante la presencia de un orden social absolutamente bueno, resultante de la naturaleza, de la razón, de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal sería la insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar. Pero la objeción corriente: hay sin duda una justicia, solo que son se deja determinar –o lo que es lo mismo, determinar unívocamente-, es en sí misma una contradicción, y en esta contradicción está el encubrimiento

¹³³ *Ibidem*, p.27.

típicamente ideológico del verdadero estado de cosas, asaz doloroso. La justicia es un ideal irracional... no es accesible al conocimiento¹³⁴.

Como podemos ver, ambos autores, en el intento por demostrar la naturaleza esencial, y así *racional* del derecho se pierden en los mismos extremos que antes bien considerarlos puntos importantes de ubicación de aquél, no hace más que se pierdan en sus propias cavilaciones.

Si el objetivo del derechos no es otro que el de alcanzar el máximo valor fuente de inspiración de otros valores, que es la justicia, ninguna de tales posiciones pudiera dar repuesta posible que ayudara a la consecución de tal fin, toda vez que, el concepto de seguridad jurídica es indispensable en la aplicación del derecho. Por un lado, Nino, al otorgarle al derecho los principios morales como única fuente de validez, no solo promete que las decisiones de los jueces serán basados en estos, sino que además sugiere que las mismas habrán de ser interpretadas bajo la absoluta e irrestricta discrecionalidad por partes de estas que si bien existen niveles de esta no dejan de ser decisiones con contenido de la percepción personal desde la cual el juez actúa, que si bien podría decirse no trastoca por completo la seguridad jurídica, pues no solo en principios las decisiones de los jueces son basadas, sino también por reglas, consideramos utilizar un criterio que se refiere al ser o no ser de aquello, es decir, se tiene seguridad jurídica o no se tiene seguridad jurídica.

Por otro lado, Hans Kelsen, en su marcado afán por que el sistema provea de seguridad jurídica basada únicamente en reglas, provoca que tal sistema se muestre desprovisto de otros materiales normativos que no harían, dependiendo claro está de la concepción que tengamos de ellos, como bien pudieran considerarse valores morales, más que darle al derecho un carácter más garantista, claro está sin la desproporción con la que evidentemente se marca la teoría de Nino.

Ahora bien, visto hasta aquí podemos decir, que ni la validez de ninguna norma dependerá de su contenido moral, ni tampoco valdrá aquella que por su sola

¹³⁴ *Ibidem*, p.41.

promulgación a través de tal o cual procedimiento formal se deba seguir para su aplicación, será tomada como válida.

La validez de una norma, o si se pretende mejor de un sistema jurídico, se encuentra indisolublemente ligado al concepto de justicia, no en el sentido que lo concibió Nino, o Kelsen, sino *en la misma razón de ser del derecho positivo*.

Ahora bien, lo que aquél regula no son más que límites impuestos a nuestra conducta que de los *actos humanos* se deriva. Al respecto:

Los actos humanos son aquellos que proceden de la voluntad deliberada del hombre; es decir, los que realiza con conocimiento y libre voluntad... En ellos interviene primero el entendimiento, porque no se puede querer o desear lo que no se conoce: con el entendimiento el hombre advierte el objeto y delibera si puede y debe tender a él, o no. Una vez conocido el objeto, la voluntad se inclina hacia él porque lo desea, o se aparta de él, rechazándolo.¹³⁵

Pudiéndose de esta manera decir que “sólo en este caso –cuando intervienen entendimiento y voluntad- el hombre es dueño de sus actos, y por tanto, plenamente responsable de ellos. Y solo en los actos humanos puede darse valoración moral”¹³⁶.

Esto es, el ser humano como sabemos no puede concebirse fuera de la convivencia que con sus semejantes pudiera tener, lo contrario, aquél en su esencia es concebido como un ente *politikon*, el cual necesita de los demás para la consecución de sus propios objetivos que definitivamente son de índole diversa que van desde el amor hasta llegar a alcanzar su realización personal. Ya en líneas anteriores expusimos, la manera en que el distinguido tratadista Ignacio Burgoa lo explicaba, que los límites mismos a alcanzar nuestra propia felicidad se encontraban precisamente en los de nuestra propia libertad.

Ahora bien, tal limitación a la libertad no se concibe como otra cosa que la invasión de la voluntad y por ello de la propia moral que hace el derecho positivo en cada individuo, que se traduce en lo que conocemos como derecho subjetivo.

¹³⁵ Sada, Ricardo y Monroy, Alfonso, *Curso de teología moral*, México, Editora de Revistas, 1990, p.25.

¹³⁶ *Idem*.

El derecho encuentra su apoyo pues en la moral de cada sujeto. La vida en sociedad a de necesitar de pautas que le permitan no perderse en el abismo en que la libre natural convivencia del hombre le pudiera hacer caer, y lo hace escogiendo como lo decía Kelsen aquellas conductas que necesitan regularse para la consecución del fin social. El derecho positivo es pues como dijo Burgoa, lo que el agua para los peces.

De esta manera podemos decir que la moral se supedita al Derecho, y no lo hace en forma de capricho sino porque así tienen que ser; de lo contrario nuestra conducta sería el resultado de la percepción que cada cual sujeto pudiese tener respecto a la vida, respecto al mundo, actuando de acuerdo a sus intereses que no siempre son buenos en la realización de los de otros.

No por ello debemos pensar en concebir un conjunto de normas cual si carecieran de defecto alguno, no de ningún modo debiera ser así, como bien lo señala Radbruch:

La filosofía del derecho no puede reconocer validez a una legislación abiertamente injusta, por esto puede sacrificar la seguridad, el orden y la paz, a la abolición de la injusticia cuando ésta sea tan grave que desnaturalice la idea del fin jurídico. Pero también puede transigir con un derecho contrario a sus ideales en cuanto la anarquía represente un mal mayor.”¹³⁷

¹³⁷ Reinoso Dávila, Roberto, *La misión del juez ante la ley injusta*, 5a ed., México, Porrúa, 2011, p. 62.

CAPÍTULO CUARTO.- HACÍA UNA NUEVA PONDERACIÓN JURÍDICA

1. El principio de legalidad como fuente de legitimación entre legislación y jurisdicción.

Hemos visto pues en el capítulo que nos antecede, uno de los aspectos que consideramos constituye el corazón de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Pues como bien lo señalábamos el principio *pro homine* constituirá el puente que tengamos que cruzar para que se realice no solo el efecto siempre esperado de los tratados internacionales, sino que se lleguen a traspasar las fronteras que la propia naturaleza del mismo derecho nos impone.

Como sabemos, hemos estado regidos por una cultura del derecho eminentemente positivista; esto por supuesto, comprendía una rigidez en la interpretación de normas y por la misma razón, una afectación a la esfera de protección del individuo a la hora de aplicación del derecho, la que habría sido, si no de pleno arropada por la justicia, sí al menos orientada hacía la misma a través del principio que conocemos como de legalidad. Tal principio no nada más brindaba la coherencia necesaria al sistema jurídico, sino también lo revestía contra las múltiples y muchas veces desquiciadas interpretaciones que los operadores jurídicos como sujetos revistos de libre albedrío, pudieran hacer. En el caso más especial, los jueces.

Al respecto Luigi Ferrajoli nos dice que:

Hoy, por tanto, es la refutación de la legalidad penal, mediante una reforma del Código Penal que ponga fin al caos normativo, la única respuesta racional a la crisis de nuestra justicia penal capaz de restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, o sea entre justicia y política. Ello es así porque estos límites –es decir, la distinción de la que he hablado al principio consistente en la naturaleza cognoscitiva del juicio y discrecionalidad de la política y de la administración– resultan alterados precisamente por el desajuste de la legalidad penal, que por tanto está en el origen de las recíprocas intromisiones entre política y justicia así como de los enfrentamientos y de las contiendas institucionales que desde

hace años dividen a políticos y jueces, a derecha e izquierda, a magistrados y abogados.¹³⁸

Luigi Ferrajoli hace una marcada distinción en su teoría del garantismo, del rol que cada uno de los sujetos que de manera material por virtud de la división de poderes entraña, influyen en la administración estatal. Lo cual quiere decir que cualquier estado considerado de derecho debe tener para sí un sistema de contrapesos que lo aleje de aquello que desvirtúa su misma razón republicana de ser.

Tal sistema de contrapesos como bien lo sabemos, no significa otra cosa que la delimitación de atribuciones y esto se traduce en la delimitación de poder de las diferentes actividades en que se traduce la actividad del Estado y las cuales sería prolijo mencionar, puesto que no es lo que a fin de cuentas constituye nuestro objeto dentro del presente apartado. Sino la enunciación de la importancia que tiene para la reforma constitucional, que hasta la fecha se reviste tal principio de la división de poderes, puesto que sigue siendo, pese a los cambios que hemos presenciado de las concepciones de Estado y soberanía, la estructura que condiciona la existencia o inexistencia de un sistema democrático.

Al respecto De la Madrid Hurtado nos habla sobre los principios políticos fundamentales que llegan a representar el espíritu de la norma constitucional:

- a) soberanía popular, lo cual lleva implícita la independencia nacional;
- b) El concepto de derechos individuales y sociales del hombre;
- c) El sistema representativo de gobierno;
- d) La división de poderes;
- e) El sistema federal;
- f) La rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional y la economía mixta, y la separación entre el Estado y las iglesias.¹³⁹

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 4a. ed., México, Fontamara, 2004, p. 241.

¹³⁹ Allier Campusano, Jaime, *Introducción a la interpretación Constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2013, p.55.

Como se observa, entre aquellos principios que se antojan ser de los inviolables no solo por el juzgador, sino por el legislador, encontramos el de la división de poderes, entre los que figura junto con los demás la entramada que viene a dar sustento y coherencia a cualquier interpretación que se le haga de nuestra ley fundamental. Misma que hace posible la existencia de la vida de una entidad como es la del propio Estado.

Existe una marcada tendencia, en atribuir al consenso que deriva de las mayorías la única fuente de aprobación para cualquiera de los actos que se derivan de la actividad del Estado. Posicionando a las masas como el único criterio de selección de los buenos y malos hallazgos en que se disuelve a la vida política y hasta jurídica de x o y país. Cometiéndose por ello el grave error de engrandecer a un ente cuyos límites mismos no logran sino perderse en el amplio espectro que la naturaleza del mismo confiere. Esto es, su entidad se vaporiza en la ausencia de identificarla. Sin embargo, de acuerdo con el garantismo ésta no es más que fuente de legitimación de la vida política y no así de forma precisa de la vida jurídica, dado que en esta misma es donde aquella se verifica, donde las masas adquieren en forma institucional, un papel relevante en la vida política de una nación.

Esto es, debemos entender que la naturaleza de una y de otra, o sea de la vida política y jurídica, si bien es verdad son en alto grado compatibles, no lo son en cuanto a los fines que persiguen. Es decir, aquella busca la identificación traducida en políticas públicas de los diferentes aspectos en los que los problemas sociales se vislumbran. No así para la actividad de la jurisdicción, la cual busca no el consenso sino el “conocimiento” de los diferentes actos y hechos que logran encuadrar en toda la regulativa que encierra un aparato normativo de cualquier sistema jurídico. Es decir, “Es el poder público, que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Armienta Calderón, Gonzalo, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, pp.44-45.

Cuando se habla de que la naturaleza jurisdiccional es el conocimiento de actos y hechos quiere decir que tiene como propósito *el libre enjuiciamiento* que por virtud de los diferentes criterios existentes en la vida política de cada país supone para ser de pleno objetivo; esto es, pretende despejar todo lo que lo llegue apartar de la *fidelidad* de sus propios actos. Y esta fidelidad no llega más que a traducirse en el respeto pleno que se debe tener al derecho, fuente de la cual funda su propia existencia y que si se rechazara estaría en la aptitud negativa de desconocerse también así mismo.

Visto lo anterior podemos decir que la línea divisoria entre el ámbito político y el jurídico la podemos encontrar en el respeto pleno de las normas que conforman cada uno de los sistemas jurídicos, o sea, el principio de legalidad. Pues tomando en consideración que el primero busca su legitimación no más que a través del consenso derivado de diferentes corrientes ideológicas partidarias; la segunda sólo se preocupa por revisar que cada caso que le es sometido para su conocimiento sea reflejo o no de la misma ley. Así pues, de acuerdo a Chiovenda:

La jurisdicción puede ser definida como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.¹⁴¹

El sistema de pesos y contrapesos que entraña la división de poderes consiste pues, tautológicamente hablando, precisamente en esto en separar, en delimitar, en la contención del poder que siempre de diversas formas es susceptible de desbordarse; esto es, a través de los diferentes tipos de atribuciones que por la naturaleza de los actos deben siempre ostentarse obligatoriamente. Esto es lo mismo a decir, si bien es verdad que siempre podemos establecer diferencias en cuanto a facultades materiales y facultades formales de las autoridades, y que por esto mismo existe cierta flexibilidad en un grado menor, como lo llega a ser el que el poder ejecutivo tenga atribuciones de naturaleza legislativa; tratándose de la

¹⁴¹ *Ibidem*, p.50.

protección de la persona, esto es, de la tutela de los *derechos fundamentales*, debe ponerse una mayor atención en sus estrictos ámbitos de sus competencias.

Respecto de éstos no puede ser más que imprescindible la remarcación de la línea que entre competencias de las autoridades debe establecerse con precisión; el Poder Judicial como guardián de los derechos fundamentales, deberá llevar a cabo su tarea de la misma forma que sobre la base de su competencia, tarea pues que deberá estar desprovista de aquellos elementos que pudieran poner en cuestión la validez de sus decisiones sin extralimitarse en sus atribuciones que la naturaleza de la propia jurisdicción ostenta.

Así pues el juzgador no debiéndose de salir de su órbita será imprescindible para la misma que sus actos sólo sean el resultado del contraste entre la realidad que se le presenta y aquello que la letra de la ley declara, pues de lo contrario sabemos bien conforme a lo expuesto que el mismo se extralimitaría en cuanto al ámbito de sus funciones, habiendo pues de vulnerar el principio de legalidad e implícitamente el de la división de poderes. Diciendo así que “En realidad, los preceptos que establecen la forma de gobierno son, en última instancia, conforme a los cuales se dictará el derecho, pues forma de gobierno y dictar el derecho es cosa semejante”.¹⁴² O lo que es lo mismo a decir que “Organizar la forma de gobierno es establecer el modo como debe ser dictado el derecho”¹⁴³.

Ahora bien, en nuestro capítulo anterior hablábamos de una constitución material y una formal, Lasalle que ha establecido con nítida claridad esta diferencia, exponía que la primera, aunque de manera expresa no lo refería, sí decía que era aquella que únicamente podía constituir el reflejo de la realidad imperante, es decir el acontecer, sí bien más que nada el mismo se refería al poder, ponía en claro que la constitución era la pureza de la realidad objetiva; la otra, la formal, aunque era para el ilustre maestro una simple hoja de papel, y que también él mismo reconocía como necesaria, otorgaba consistencia, seguridad. *Siendo pues necesario lo primero para lo segundo.*

¹⁴² Terán, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, 17a ed., México, Porrúa, 2003, p.157.

¹⁴³ *Ibidem*, p.160

En este entender, la discrecionalidad que ahora se permite al juzgador a la hora de aplicar el derecho a través de los diferentes tipos de materiales normativos que por la reforma se le presentan, a saber principios y normas, cambiarán aunque se antoje tal aseveración de forma trágica, la fuente misma de nuestro sistema de gobierno y por ello de la esencia misma del sistema democrático, que se basa en esto precisamente en el equilibrio de poder que entraña la división de poderes. Y aunque “La doctrina de la separación de poderes ha sido estudiada ampliamente, y ya desde Locke se reconocía la imposibilidad de que la separación fuese radical... Blackston advertían las ventajas de una Mezcla circunstancial de las funciones legislativas y ejecutivas...”¹⁴⁴ Se balancea pues la única estructura que puede hacer factibles y por la cual se ha luchado tanto teniendo sus bases en la Revolución Francesa, los derechos fundamentales. Recordemos pues que si bien es verdad es necesaria cierta discrecionalidad del juzgador en determinadas situaciones, no es lo mismo a decir que la misma deba ser la que impere en la interpretación del derecho. “El control aparece pues como el instrumento indispensable para que el equilibrio y con él la libertad) pueda ser realidad.”¹⁴⁵

Si bien es verdad que se reconocen límites en el derecho, es decir nos encontramos consientes de la falibilidad de éste, es cierto que es probable que *algunas veces acontezca que el juzgador tome decisiones injustas respecto de la norma sobre la cual trabaja, sin embargo, podemos decir que las posibilidades de que seamos menos justos se encuentra precisamente en las decisiones tomadas desde un exacerbado subjetivismo judicial.*

2. La flexibilidad del sistema jurídico para abrirse a dilemas morales.

Los cambios que hasta ahora hemos comentado, referentes a la reforma en materia de derechos, nos han dado la fehaciente idea ya de que dentro del

¹⁴⁴ Marquet, Guerrero, Porfirio, *La estructura constitucional del Estado Mexicano*, México, UNAM, 1975, p.148.

¹⁴⁵ Aragón, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, México, UNAM, 2002, p.88.

sistema jurídico Mexicano no podrán ser menos que difíciles cuando debamos de editarlos a la versión objetiva de la misma realidad; no obstante ello, y pese que pudiera tornarse tácito debido a lo anteriormente referido, aún no hemos declarado lo que implica en realidad *un trasfondo puro* de la reforma constitucional en materia de derechos humanos: nos referimos a la apertura de nuestro sistema jurídico, si es que le seguimos llamando sistema, pues la idea de este implica un punto de partida y por ello coherencia, -tal como pudiéramos decir de cuando pretendemos establecer la diferencia entre constitución político formal y aquella solo como lógicamente jurídica- como tal a dilemas de índole moral.

La pirámide kelseniana, así como la concepción de un sistema cerrado tanto hacia afuera como hacia dentro de otros elementos ajenos a las reglas, nos han hecho regirnos por una cultura eminentemente positivista. Esto como consecuencia traía un rigorismo, una rigidez en la interpretación que de las normas en la solución de los casos en concreto se hacía, y por lo tanto un cierto confort en la elucidación del precepto en la aplicación de un caso concreto. Sin embargo, y es importante aclararlo, siempre hubimos de aceptar otras pautas interpretativas de tipo valorativo que despejasen las confusas formas que llegan adquirir los casos difíciles o intrincados. No obstante ello, esto se hacía en un grado menor.

Tales pautas interpretativas que consideraba nuestro sistema jurídico, eran principios legítimamente (positivizados), resueltos por el propio sistema jurídico únicamente como pautas de interpretación que se llegaban a requerir únicamente en aquellos casos donde se necesitaran. Ahora, si de por sí aquellos no eran bien recibidos en la configuración del sistema, pues daban pie a que existiera discrecionalidad judicial, que aunque necesaria por la firme convicción de que el sistema normativo no es infalible, debiera de ser recurrida lo menos posible.

Ahora, no solo hemos agregado más de ellas, sino las hemos erigido ya no como pautas de interpretación auxiliares para usarse cuando la interpretación del derecho lo requiriera en aquellos casos difíciles que se presentasen; sino como normas de interpretación tal cual vienen a funcionar las normas jurídicas como son las reglas de derecho, esto es, derivado de la naturaleza que encierran aquellas

normas que implican la tutela de los derechos fundamentales, ya no se revisten del elemento derecho subjetivo, sino de un sustrato aislado, individualista y rebelde a todo tipo de objeciones que implique la supresión de x o y atributo del derecho natural.

Al respecto de la naturaleza de las normas o reglas del derecho, según se las quiera mencionar, Cárdenas Gracia comenta al respecto que:

Las normas jurídicas son preponderantemente descriptivas. Estas se caracterizan entre otros elementos... por su carácter, su contenido y la condición de aplicación. El carácter, es decir la clasificación de determinadas acciones como obligatoria, prohibidos, permitidos o facultativos. El contenido, la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir lo prohibido, lo normativo... la condición de aplicación, la circunstancia que deben presentarse para que exista la prohibición, la obligación, o permisión de realizar el contenido de la norma. Integran el núcleo de la norma¹⁴⁶.

Las cuales tienen su campo de operatividad precisamente entre la correspondencia de el hecho descriptivo de la norma, con aquél que se encuentra en el ámbito concreto del terreno del derecho; “es decir, la función de aseverar una proposición descriptiva enunciando la correspondencia semántica con la realidad objeto de la investigación y que en el caso de las proposiciones de la dogmáticas está constituida por aquello que dicen las normas jurídicas positivas.”¹⁴⁷

El método que implícitamente advertimos el cual es la subsunción, el encuadre del presupuesto normativo con el acontecer jurídico, nos extravía a aquellos tiempos en los cuales la elucidación del derecho era cuestión de un simple silogismo, donde sólo contaba la necesaria relación que tenían que guardar algunos sucesos con los preceptos del derecho, para que ahora sí se dijese “hicimos derecho”.

¹⁴⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *El derecho como argumentación*, México, UNAM, 2007, pp. 108-109.

¹⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 138, p. 25.

Ahora, tal estado de confort pero no por eso de falta de eficacia en grado considerable, se precipita, si bien como una esperanza a que situaciones prevalecientes no solo en nuestro estado sino en todo el mundo cambien, o bien lo podríamos asumir como una cuestión in-calculada arrastrada por modas ya bien del ámbito internacional o ya sea de políticas mal diseñadas para dar la apariencia de cumplir con estándares internacionales, pues como sabemos, “las fuerzas políticas intentan casi siempre agregar en ese documento sus programas e ideas para perpetuarse en el sistema de valores sociopolíticos de la sociedad”¹⁴⁸. Con el advenimiento de este tipo de normas que le *otorgan al sistema jurídico una naturaleza de tipo sustantiva*, pues sus normas serán siempre interpretadas a la luz de los derechos fundamentales.

Esto es, “...los enunciados normativos sobre derechos fundamentales no ofrecen siempre la misma estructura.”¹⁴⁹. Lo contrario, se presentan de una forma tan dispersa que se torna imposible hacer un extracto, como la naturaleza *determinada* de la regla, de aquello que persigue. Esto es como bien lo señala Carbonell son “...normas... a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no está definido el perímetro material que intentan regular tales principios, o bien, porque no está claro a qué casos sí y a qué casos no pueden ser aplicados”¹⁵⁰.

Autores como Pound y Ronald Dworkin¹⁵¹ hacen hincapié en que no se puede insistir en la concepción de un sistema compuesto de manera exclusiva por reglas. Diciéndonos que el ingenio humano tenderá siempre a traspasar el contenido de

¹⁴⁸ Dominguez Narez, Freddy, “Constitución, interpretación y jurisprudencia”, en Bravo Peralta, M. Virgilio e Islas Colín, Alfredo, (coords), *Argumentación e interpretación jurídica, para juicios orales y la protección de derechos humanos*, 2a ed., México, Porrúa, 2012, p. 321.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 307

¹⁵⁰ Carbonell, Miguel, *Introducción General al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p.47

¹⁵¹ Arjona, Cesar, (2013, 28 de septiembre). Afinidades y coincidencias entre Dworkin y Pound, Recuperado de: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10080/1/doxa26_18.pdf.

las mismas; justificando de esta manera que los principios son indispensables, pues los mismos permiten al juez justificar sus decisiones en aquellas situaciones donde es ilusorio pretender la aplicación de x o y regla.

Como acabamos de comentar, es evidente que un sistema jurídico no puede prescindir de este tipo de material normativo para dirimir en determinados casos la situación que se le presente al juzgador, su desconocimiento sería catastrófico para un sistema que es evidente adolece de ser pleno. No obstante eso, una cosa es contar con principios de derecho para intentar en determinadas situaciones muy particulares darle a x o y caso un cauce rápido para la solución de un conflicto como los que alberga de forma espontánea el derecho civil, y otra muy distinta a erigirlos como normas en forma de sistema jurídico positivo del derecho natural, pues “Los derechos humanos están jugando un creciente papel crítico. Realmente funcionan como un sistema de derecho natural, incluso en el caso de que hayan llegado a formar parte del derecho positivo, como es el caso, del tratado de roma”¹⁵². O bien, no sería absurda la comparación de los mismos a la “...tematización de los principios universales de la moralidad... “moralidad” alude a la forma incondicionada del deber, de la obligación, de la rectitud, la justicia y la solidaridad en los relaciones con los demás, al respeto de la dignidad de la persona, de la pluralidad de los culturas, de las formas de vida...”¹⁵³ no estando lejos los mismos, de fundirse en un mismos concepto.

Ahora bien, en el sentido de favorecer más al individuo la manera de interpretación que ahora se hará en caso de conflicto ya no será una cuestión formal, es decir entre jerarquía, sino más bien se intentará llegar a esta a través de la búsqueda sustancial del contenido de la norma. En este entender, como ya se ha dicho los derechos humanos como tales prevalecerán en cada caso en

¹⁵² Van Hoecke, Mark, (2013, 29 de septiembre). El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales. Recuperado de: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/public/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa_19_21.pdf?portal=4.

¹⁵³ De Zam, Julio, *La ética. Los derechos y la justicia.*, Uruguay, Fundación Konrad, Adenauer Stiftunque. V., 2004, p. 21.

cuestión, lo cual se establecerá a través de un sistema de reenvíos entre las normas de un sistema jurídico incluyendo obviamente como así lo declara el artículo primero constitucional, y los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales se les ha dado un rango constitucional.

Ahora bien, que ya no solo tenemos un control de constitucionalidad sino de convencionalidad, que no obstante a que ya anteriormente podíamos decir que estábamos regidos por el si no explícitamente, sí implícitamente, pues era la obligación del Estado mexicano estar en sintonía con él, al elevar los tratados internacionales a rango constitucional y no solo eso, sino darle preferencia sobre aquella cuando la protección del individuo así lo requiriera. Tales normas ejercerán importante influencia ahora sí por cumplir con el estándar internacional, y hasta podemos decirlo predominarán en la *mayoría* de los casos puesto que es evidente que no solo por la posición que ocupan prevalecerán sino por su forma tan imperfecta e imprecisa harán que evidentemente se prefiera sobre, y lo reiteramos en la mayoría de los casos y no en todos, sobre la norma de rango legal.

Esto no solo atenta con el principio de soberanía el cual sabemos hoy tiene ya otras connotaciones, sino contra la misma capacidad que tiene el sistema jurídico mexicano, puesto que, ya no digamos en cuanto la incapacidad del operador para realizar una interpretación sustancial, eficiente, sino porque dado las características de la norma de derecho internacional se torna más que imposible hacer un sustrato exacto de su contenido. Tales normas al estar en un lenguaje tan vago e impreciso inyectan la sustancia que si bien son los derechos fundamentales, para los efectos del derecho positivo en este caso nuestro sistema, se vuelve poco probable, una utopía pues. Y es que la misma representa objetivos que si bien se antojan realizables, lo serían en otras dimensiones diferentes en las cuales el derecho como sistema normativo siendo honestos no tendría la capacidad de cubrir.

3. La ponderación y las normas de derechos fundamentales.

Como hemos visto en el apartado anterior, hemos introducido más allá de los principios jurídicos fundamentales de los que ya antes el sistema jurídico mexicano necesitaba para salvaguardarse así mismo, esto es, para que el mismo siguiera teniendo consistencia ante la presencia de múltiples inconvenientes que se llegasen a presentar en la interpretación del mismo a saber las lagunas, las antinomias, e innumerables problemas que pudieran suscitarse, otros, que no precisamente tienen esta cualidad de disolvente, sino aquellos que como ya se dijo vienen en calidad de normas tal cual tienen la características de ser palpables, no en su asir mismo sino en que las podemos ahora sí visualizar, nos referimos a las normas de derechos fundamentales.

Ahora bien, presentándose tales normas en calidad de principios, no habrá pues otra solución que avizorar el método de interpretación que la naturaleza de las mismas nos hará seguir, el cual es la ponderación. No obstante ello, antes de adentrarnos a lo que tal método de interpretación, o pudiéramos mejor decirlo de *disolución* implica, convendría pues hablar sobre las principales fuentes que de los derechos fundamentales tendremos, esto para advertir el origen de los materiales jurídicos que utilizaremos en cuanto al objetivo principal que es revestir a los sujetos de derechos de los derechos universales, o sea de los derechos fundamentales.

No sin desconocer el carácter de fuentes para la interpretación del derecho en fin de cuentas tendrá que influir genuinamente en la solución de los casos en concreto como lo son en el ámbito interno la jurisprudencia y en algunos casos la costumbre en el derecho civil, así como la también jurisprudencia que se da a través de las resoluciones de la corte interamericana de derechos humanos en el ámbito internacional el cual integra el *soft law*, junto con otros como las observaciones generales y recomendaciones que el máximo tribunal de corte supranacional emite, las principales fuentes que tienen este carácter de normas pero en principios lo llegan a constituir la *Constitución Política de los Estados*

Unidos Mexicanos, así como los tratados internacionales de los que México forma parte.

Al respecto el artículo 133 constitucional así lo refiere:

Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Pese a que las leyes como dice tal artículo, serán la ley suprema de la unión, hemos de omitirlas sin perjuicio de considerarlas importantes en la actividad interpretativa en el entendido de que pudieran contener normas de derechos fundamentales, debido a que la representación de las mismas adquiere el tipo de reglas de las que anteriormente hicimos mención y no como las otras de cómo la Constitución y las de los tratados internacionales que se dan en forma de principio.

Ahora bien, como sabemos “A diferencia del derecho en general donde se manifiesta como un derecho de máximos, pues la voluntad del legislador es regular toda la vida social desde el punto de vista del contenido y procedimiento, el Derecho Constitucional, por el contrario, es un derecho de mínimos, o si se prefiere un derecho de límites. Es un derecho en el que el legislador no pretende prever todo tipo de material ni procedimentalmente, sino que quiere prever lo mínimo tanto en un sentido como en otro”¹⁵⁴.

La Constitución por este carácter político rector de cada uno de las vertientes en que se disuelve o debe disolver la vida de un Estado, no siempre ostenta un carácter homogéneo, es decir representada en sólo principios o representada solo en reglas. No obstante ello, por su naturaleza política tiende a proyectarse en su mayoría en principios. Al respecto Freddy Domínguez citando a De Vergottini nos dice:

La constitución, en tanto máxima fuente del derecho de un ordenamiento, obviamente es de naturaleza preceptiva; por tanto, a ella se atribuye una

¹⁵⁴ Bravo Peralta, M. Virgilio e islas Colín, Alfredo, *op. cit.*, nota 149, p. 311.

eficacia inmediata y directa. Esta consideración, que aparece fundada con referencia al complejo normativo constitucional, sin embargo puede revelarse inexacta si se consideran las diversas normas constitucionales. En efecto, sólo una parte de tales normas tienen eficacia directa, mientras otras tienen eficacia tan sólo indirecta, requiriendo para su aplicación de ulteriores intervenciones normativas¹⁵⁵.

Ejemplo de aquellos son la división de poderes, el de seguridad jurídica derivada del artículo 16 de la misma; ejemplo de las segundas aunque pudiéramos decir que también tienen la cualidad de imprecisas por ostentarse de una forma tan general como lo hacen los principios, lo pudiéramos advertir en aquellas que tienen como función reglamentar el procedimiento que debe seguirse en la elección del procurador de la república, así como los requisitos para ostentar el cargo de presidente de la república.

Ahora bien, esto en cuanto a que podemos con estos ejemplos establecer las diferencias de forma clara entre aquellos y estas, es decir entre principios y reglas que la Constitución tiene. Sin embargo, antes de que la reforma constitucional del 2011 cambiara su artículo primero al establecer ya no más la especie de las garantías individuales, sino los derechos humanos; la naturaleza ambigua que ostentaban aquellas, o sea si las considerábamos principios o reglas, se despeja para que las mismas ya no corran el riesgo de verse como reglas, sino ahora las podemos ver como principios. Esto es, ya no más garantías individuales, sino *sólo normas de derechos fundamentales que se erigen en principios jurídicos*.

Podemos pues decir que su naturaleza, la de la Constitución, es eminentemente *cualitativa*, no obstante que se compone también de reglas, no dejan de tener éstas una de las características principales de los principios el cual es que se revisten del elemento político, es decir, que tienen un fin, y no meramente el encuadre jurídico que caracteriza a las reglas. Lo cual hace que se

¹⁵⁵ Domínguez Náñez, Freddy, "Constitución, interpretación, y jurisprudencia constitucional", en Bravo Peralta, M. Virgilio E islas Colín, Alfredo (coords), *Argumentación e interpretación jurídica, para juicios orales y la protección de derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012, pp.325-326.

diferencie de las demás normas jurídicas que tienen tal carácter precisamente porque llegan a representar la concreción de ella, como último acto, a la manera de Kelsen, de concreción en la solución de un caso particular.

La Constitución pues se presenta como uno de las fuentes principales de las cuales se deriva el material jurídico con el que se va a trabajar y que como ya lo habíamos dicho, se constituirá en su mayoría por principios jurídicos un tanto diferentes a aquellos que solíamos considerar como disolventes de conflictos jurídicos.

Es por ello, que se torna difícil tratar a la misma, o sea a la Constitución, con los métodos clásicos de interpretación, como lo son el gramatical, el lógico, el teleológico, el sistemático, el histórico entre otros, cuyo diseño, apropiado para las reglas, no podrían resolver los problemas que se derivan de otro tipo de normas como las que ostentan en su mayoría la constitución más en la cual preponderantemente se encuentran normas de derechos humanos.

Ahora bien, como resultado del sometimiento al control no sólo de constitucionalidad sino de convencionalidad al cual debe hacer referencia nuestro sistema normativo, en el entendido de hacer posible el estándar internacional que debe seguirse respecto de la materia, nos encontramos *directamente* como fuente de los derechos humanos, es decir como parte de nuestro derecho interno a aquellas normas que se derivan y esto es en orden a su importancia, de la convención interamericana de derechos humanos mejor conocido como Pacto de San José, las declaraciones, los protocolos, los pactos, los convenios, entre otras que integran el comúnmente conocido *soft law* al que ya hicimos mención, todas ellas representarán un referente interpretativo.

No obstante ello, al igual que la naturaleza de la Constitución, no se visualiza de manera homogénea sino de igual forma presenta texturas abiertas y otras tantas cerradas, sin decir que adolezca del elemento de la rigidez. Pues una de las consecuencias "... es exactamente transformar en constitucional a todas las disposiciones que integran la constitución. Las normas materialmente constitucionales se trasforman en normas de derecho constitucional formal,

iguales a las demás, una vez inscritas en la constitución...".¹⁵⁶ Esto es, se manifiestan en forma de reglas algunas normas de derecho convencional como son las relativas a la integración de la corte interamericana, los procedimientos a los cuales los integrantes de esta última deben de acatarse, entre otras más que se visualizan como garantías de procedimiento de aquella; así también pues existen otras que se visualizan por su textura tan dispersas como aquellas que establecen la no discriminación, el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otras.

Existen al igual que en nuestra Constitución en el derecho convencional diferentes tipos de normas que no obstante a que también el derecho de los derechos humanos como bien es conocido pretende regular aspectos en que tienden los atributos que se derivan de la esencia del ser humano a manifestarse ya sea en un sentido negativo o positivo, esto es, ya sea para su protección o bien en cuanto tiene que ver con su desconocimiento, las normas de derecho convencional, en su mayor parte como lo dijimos en líneas arriba, que tal vez sería lógico suponer, al igual que la constitución tiene esta característica pues así como debe un instrumento constitucional *estar abierto hacia el futuro*, y que por ello sus normas no deben ser cerradas como es característica de las reglas, las normas de los tratados internacionales tengan un objetivo similar, es decir, tienen este carácter abierto en cuanto los preceptos que integran los sistemas jurídico de cada uno de los estados que se encuentran suscritos, ratificados a los mismo, tengan oportunidad ya sea de ajustarse o no al estándar por ellos, o sea los documentos internacionales suscriben, que de no tenerlo no tal vez sería inconcebible la idea de un *estándar al cual los sistemas domésticos se tornarían incapaces de acoplar*. *Hay mas principios que interpretar que reglas, aquí es donde comienza la dura tarea*.

El bloque de constitucionalidad que implícitamente se infiere del artículo primero constitucional y que no es más lo que acabamos de explicar, esto es, las normas de derecho humanos habrán de encontrarse principalmente en nuestro

¹⁵⁶ Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, UNAM, 2003, p. 33.

documento constitucional, así como todos los instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, aunque no hay que desdeñar que por motivo de la pretensión de buscar lo mejor para el individuo está hartado conocido que la jerarquía que tanto fue defendida en la interpretación de las normas, así como lo sustancial de las normas en la interpretación, aquellas que sean de rango inferior tales como las de naturaleza de los sistemas estatales internos, integrarán la materia de la ponderación.

Ahora bien, como lo habíamos dicho, la propia naturaleza de las reglas no hace sino que nos circundamos a una determinada gama de métodos a través de los cuales podemos de ellas colegir su sentido así como algunos de los problemas que pudieran derivarse de aquellas en donde la confrontación apareciera; no utilizándose pues dichos métodos para otro tipo de normas como lo son los principios los cuales como lo dijimos su principal característica es que se perfilan como ideales que no proponen para sí un acuerdo, no siendo por eso posible asirlos en tal o cual propuesta de dilucidación de algún problema.

Ahora, ¿A la pregunta de saber qué es la libertad, podremos dar una respuesta única y garantizadora de un acuerdo de conciencias? A la consulta sobre qué es la igualdad, podremos arropar alguna definición que nos satisfaga? O más, la consideración de qué es la justicia, le pudiéramos encontrar algún concepto universal valedor para todos. Pese a los intentos que ha habido por descifrar cada uno de estas fantasías (llamémoslas así pues en realidad no son más que quimeras envueltas en su propio término), nunca se han podido enfrascar en ninguna definición simple de concepto, antes bien, lo único que ha habido para aquellos que se sumergen a tan profundo evento, es el encuentro mismo de su propia frustración que les sugiere ser no más que unos necios.

Guillermo Lariguitte en su particular artículo *dilemas morales y derecho*, ha dicho, reproduciendo lo dicho alguna vez por Carlos Rosenlerantz "...que si uno fuera capaz de despejar la cuestión de los dilemas morales, despejaría, o desataría si se prefiere, los principales nudos sobre los que los filósofos del

derecho forcejean”¹⁵⁷, siendo pues el caso de los principios generales del derecho, a caso no quedará otro remedio que el de aventurarnos no ya a la tarea simple de su descripción, sino buscándolos siempre de a la luz del caso en particular.

Como no es el caso de las reglas, donde estas se aplican en todo o nada, la ponderación suele ser la mejor forma a través de la cual podemos ver un tanto en escena cierta dosis de realización de un principio, pues como bien lo dijimos su inconmensurabilidad es evidente. La ponderación hace las veces como una balanza en la cual uno de sus lados sucumbe ante la inminente fuerza que suponga representar su *similar*, haciendo posible la atribución del valor circunstancial de x o y material, en este caso siendo capaz de poder puntualizar el valor de un principio siempre respecto de otro.

Esto es, la ponderación no supone representar ninguna escala de confirmación para hacer una interpretación predeterminada de la valoración de uno u otro principio, sino se llevará a cabo siempre a la luz del caso en cuestión; es decir valorando cada una de las circunstancias en las que se supone se suele emerger el caso en particular.

Serán las circunstancias, y no en sí mismo el principio las que podrán determinar el campo de acción de x o y principio, proponiéndose el valor de cada uno de ellos siempre en las condiciones que así lo decidan. Con predilección de aquél que pueda satisfacer *la mejor* decisión, y *a contrario sensu* excluyendo el considerado de menos valor.

Ahora bien, de acuerdo a la ley de ponderación realizada por Robert Alexy que a la letra dice “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁵⁸,

¹⁵⁷ Rosenlerantz, Carlos, en Lariguet, Guillermo, (2013, 2 de octubre). Dilemas morales y Derecho. Una crítica a David Martínez. Recuperado de: <http://213.0.4.19/FichaObra.html?Ref=32214&portal=4>.

¹⁵⁸ Bernal Pulido, Carlos, (2013, 3 de octubre). Estructura y límites de la ponderación. Recuperado de: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>.

podemos decir que la escogitación entre uno y otro principio pudiera calificarse de acuerdo con lo apuntado por Bernal Pulido en su artículo Estructura y Límites de la ponderación, en *casos fáciles y casos difíciles*; sin embargo, antes de establecer esta importante diferenciación, convendría bien establecer el concepto de *colisión*, puesto que es lo que a fin de cuentas supone ser el presupuesto que condiciona tal método de la interpretación ponderación.

De esta forma “Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como solución para el caso”¹⁵⁹. Esto es, para que supongamos que debemos invocar a la ponderación, es necesaria la existencia de uno o más principios en contradicción, que pugnen cada uno por su prevalencia de aplicación al caso en particular, pretendiendo pues que su actuación dentro de este sea en la mayor medida satisfecha, esto, en cuanto a las circunstancias así lo determinen.

A. Casos fáciles y casos difíciles.

Ahora bien, visto lo anterior estamos en condiciones ya de marcar pues la diferencia en esta clasificación. Hablamos de casos fáciles en este sentido cuando entre uno y otros principios susceptibles de aplicarse al caso particular por su incuestionable valor uno respecto al otro es lógica su aplicación. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar cuando cualquier principio que colisione con el derecho a la vida es evidente que éste por ser un valor que supone constituir el presupuesto para la existencia de otros valores, como la dignidad y la libertad, deberá pues darse su preeminencia, entre otros por citar uno de ellos.

¹⁵⁹ Bernal Pulido, Carlos, (2013, 3 de octubre). Estructura y límites de la ponderación. Recuperado de: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>.

En cambio, esta situación muy parecido a como si quisiéramos atravesar por un campo pantanoso pudiéramos comparar a la ponderación en los casos difíciles -Y es aquí donde se llegará acentuar más la disolución de la línea que llega a diferenciar a la moral del derecho positivo cuando nuestros jueces pretendan resolver cada uno de los casos que se le sometan para su resolución y que más adelante trataremos-. Aquí podemos poner como ejemplo claro de ello, involucrando de nueva cuenta el derecho a la vida, aparentemente pudiéramos decir, que este es un derecho que se encuentra por encima de cualquier otro, pues sin él no pueden existir para la persona ninguno más; sin embargo, esta situación pudiéramos catalogarla de *difícil*, cuando lo que está en riesgo de vulnerarse sea el principio democrático.

Tal es el caso tan controvertido y que además ha constituido poner en la mira a aquellos países que contemplan la pena de muerte. Al respecto se aduce constituyen aquellos que han vulnerado a grandes rasgos “ la paz social”, tal es caso de Estados Unidos así como Cuba, países donde el derecho a la vida se encuentra condicionado por la realización o no de aquel delito que se suponga contraría al Estado de Derecho.

Es lógico que se puede decir que desde la perspectiva de los derechos fundamentales, donde el individuo es el centro y la razón de ser del Estado y por ello sus derechos son inalienables, incuestionables, el derecho a la vida prevalecerá para aquél sujeto que en x o y caso se haya de “ejecutar”; no obstante ello, no puede dejarse de considerar los daños que pueden llegar a causar algunos seres humanos a una nación entera.

Ahora bien, otra situación que nunca podemos dejar de considerar siguiendo con los casos difíciles, es aquella donde si bien es verdad hemos de atender como extremadamente dañina la circulación de un ser humano dentro de la sociedad, sin embargo, el castigo de tal o cual sujeto no debería no solo verse desde esta perspectiva, sino la consecuencia del castigo vaya en función a la perspectiva de la víctima; la vulneración de la dignidad que esto representa.

Es decir, no es claro cuál pudiera ser el punto de partida de uno y otro de estos principios, dónde empieza el derecho, en este caso la vida y donde termina, si es

el caso, para preferir ya sea este o bien aquél que llega a satisfacer la paz social, o el principio democrático; ambos pues valiosos.

Ahora bien, otro que pudiéramos considerarlos por su singular forma es aquellos casos donde puede existir cierta equiparación entre la aceptación o rechazo de la pena de muerte u entre aquellas tipos de normas del derecho penal que otorgan 25 o más años de prisión a un sujeto que ha cometido secuestro entre otros delitos.

Para intentar armonizar el derecho interno con el derecho internacional, lo que equivale como reiteradamente lo hemos aducido el control de convencionalidad, es necesaria la sola comparación entre la norma de derecho interno y aquella que del derecho internacional, esto significa que evidentemente para conservar el *estándar* internacional debemos pues evitar que nuestra norma interna, no transgreda dicha *medida de responsabilidad*. La pregunta aquí sería, el valor del derecho a la vida se sustenta en cuales valores. Es el principal valor independiente de otros o bien, es un derecho que más bien tiene fundamento cuando el individuo tiene libertad, dignidad y la posibilidad de ser feliz.

Si respondiéramos a lo segundo, cuales serían las respuestas de nuestro Estado, así como la de otros muchos, en cuanto la imposición de penas que excedan a 25 o más años. Si el derecho a la vida no solo esta contemplado en nuestra Constitución sino también en los tratados internacionales, debiendo nosotros cumplir con el control de convencionalidad, se cumpliría con él si le impusiéramos a un sujeto tal pena de prisión a sabiendas de que es evidente de que uno de los presupuestos de la dignidad es la libertad y con ella se extingue la mínima posibilidad de ser feliz, aspiración y objetivo mismo de la esencia del hombre. Entonces, aquí, cuáles serían los parámetros para uno u otro derecho. Habrá alguna respuesta objetiva que dar en cuanto al concepto de derechos humanos se refiere.

4. Un nuevo tipo de operador dentro del control de convencionalidad.

Los cambios que de manera tan vertiginosa se han presentado a raíz de la reforma constitucional, no nos han hecho lo suficientemente conscientes de que, pese a sostener que la reforma es en sí sustanciosa y merecedora de aplausos, de que la sola implementación de la misma no garantiza el respeto pleno que deben tener los derechos fundamentales; y es que se dirá quizás que el echar andar a la misma equivale a decir que en su mera actuación se llega a consolidar su propio objetivo.

Nada más falso que esto, su operación requiere más allá del nuevo texto constitucional y cualquier ley orgánica que como consecuencia de la misma pudiera surgir, pues como de forma atinada dice García Ramírez "... llenar a un país de leyes no equivale a convertirlo en un Estado de Derecho..."¹⁶⁰, la necesidad de un cambio de mentalidad que impacta en lo cultural, pero sobre todo y quizás sea el más importante un cambio en la estructura de administración del poder judicial; ambas aspiraciones que de consolidarse se llegarían a traducir en un verdadero potencial para la plena efectivización de los derechos fundamentales; pero vayamos por partes.

Es incuestionable como bien lo decíamos en el apartado anterior, que cada uno de los operadores jurídicos deberán adaptarse a las nuevas circunstancias, que aunque difíciles, considerando al ser humano como eje alrededor del cual gira el aparato estatal, tienden a asegurar en mayor medida muchos de los derechos que definitivamente en otros tiempos hubiese sido más que imposible pretender asegurarlos, piénsese en el derecho a la dignidad en sí misma, en su pureza digamos; implicando pues, ya de por sí un impacto a la forma tradicional de ver al derecho, ir edificando aquella imagen a través de la cual pretendemos visualizar a los nuevos cuadros que en ello se insertarán.

Primeramente podemos destacar, que evidentemente un cambio de paradigma requiere ver las "razones del derecho" lógicamente desde otra dimensión. Por el nuevo tipo de material jurídico el cual implica no solo trabajar con reglas sino con

¹⁶⁰ Dávila Reinoso, Roberto, *op. cit.*, nota 137, p. 40.

normas que en su estructura son más dispersas, el técnico en esta profesión requerirá, pese a que anteriormente hubiesen de haberlos adquirido y aún cuando su actuación era meramente técnica, de hacerse de nuevos conocimientos teóricos y prácticos que lo iluminen en el nuevo tratamiento que deberá darse a cada caso en cuestión.

La *capacitación* de cada uno de los operadores jurídicos en este sentido será la clave para el rendimiento efectivo de todos estos cambios al sistema. Esto implica, la elaboración primeramente de un plan diseñado desde una perspectiva no solo actual sino también y creo que es la más importante desde una perspectiva pasada, esto es, del análisis de prácticas sobre las cuales se operaba el aparato de justicia, obvio que implique los derechos humanos como su componente principal, esto en base a datos concretos que bien pudieran llevarse a cabo a través de técnicas de campo, pues deben ponerse bien sobre la mesa aquellas prácticas que puedan constituir ya sea un avance o de plano que signifiquen un retroceso al sistema. Pues para poder trabajar sobre el presente tomándose las medidas que puedan arrojarlos a resultados más óptimos, no debemos omitir y que explícitamente se tiene que ver, el pasado. Pues como dice José Campillo Sainz, en el prólogo de *La misión del juez ante la ley injusta*, no debiéramos ver a aquél "... no como un pretérito anquilosado y muerto, sino como una tradición viva que dé raíz y sustento al progreso en el futuro..."¹⁶¹

Ahora, bien trabajado esto, es decir teniendo como sustento un estudio concreto sobre la situación actual, pero sobre todo la pasada, primeramente se deberá prestar más atención en la adquisición del conocimiento básico filosófico que implican los derechos fundamentales, inducir a que también comprenda la importancia que tiene manejar la lógica jurídica; su capacitación en el derecho comparado como imprescindible elemento pues como bien sabemos nos sumergimos debido al control de convencionalidad en un diálogo jurisprudencial al que se deberá acudir en la resolución de los casos particulares; pero sobre todo la especialización en el derecho internacional de los derechos fundamentales, que como sabemos es ya susceptible de considerársele por su importancia una

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

materia independiente a la que implica la sola mención del derecho internacional, esto sólo por considerar lo básico que pudiera constituir un proyecto donde incluyamos seminarios, cursos, talleres, y por qué no la construcción de bibliotecas especializadas que den soporte a cada uno de los programas que lleguen a implementar. Esto como propósito en el sentido de que la formación del profesional del derecho, ahora "...debe estar encaminada en reproducir un sistema jurídico democrático, donde el abogado se encarga no solo de un conocimiento eficiente de la maquinaria jurídica, sino que señala sus defectos y propone soluciones para su discusión pública."¹⁶²

Ahora bien, no debemos dejar de mencionar que pese a imaginar que en base a lo anterior cada una de las sentencias harán por ello de constituirse en el tan anhelado fin del derecho, justicia, las mismas sin un soporte pleno que las resguarde definitivamente se tornan irrealizables, debiendo decir por ello que la actual estructura del poder judicial no se adapta a las nuevas exigencias. Su organización tendrá que cambiar. La cual deberá ser menos vertical, evitándose, pues con ello las comunes reprimendas que por falta de obediencia sobre el poder bruto que algunos magistrados tienen repercuten por mencionar un ejemplo en la falta de ejecución incluso de sentencias de amparo. Recordemos que "Contenido y forma se complican."¹⁶³

Ahora bien, esto en cuanto se torna imprescindible para que *operen* semejantes cambios; sin embargo, siempre trabajar una maquinaria pesada requerirá de la voluntad, del ánimo, y por qué no decirlo, del amor con que debemos introducirnos en nuestra faena, porque como Johan Hesse citando a Pascal en su *Teoría del conocimiento*, cuando atribuye al mismo, ser parte de la esencia del conocimiento, "*le coeur a ses raisons, que la raisons ne connaît pas*"¹⁶⁴ del cual no debemos prescindir pues "es la vocación innata de todo ser

¹⁶² Gonzalez Galván, Jorge Alberto, *Los derechos están en los hechos*, México, UNAM, 2013, p. 6-7.

¹⁶³ Dávila Reynoso, Roberto, *op. cit.*, nota 137, p. 111.

¹⁶⁴ Hessen Johan, *Teoría del conocimiento*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2003, p.112.

humano. El amor, decía san agustín, es el peso, la fuerza gravitacional del corazón humano...”¹⁶⁵

Ahora el nuevo derecho de los derechos fundamentales necesita permear en la conciencia colectiva, al respecto, Nicolás López Calera nos dice:

En la actualidad hay datos empíricos que permiten verificar que hay “conciencias” nacionales o estatales, conformadas por amplias mayorías y plasmadas en Constituciones democráticas, como también hay una conciencia internacional mínima plasmada en pactos... confirman la idea de que no es pues instancia abstracta y puede tenerse como una explicación válida para la fundamentación de los derechos humanos.¹⁶⁶

Pudiendo decir que la conciencia colectiva de la que hablamos, aunque no se ve, no hay que dejar de lado que constituye como dice Lassaye un factor de poder importante, pues *es sobre este campo de tierra donde se siembra y dependiendo de su fertilidad es donde también se cosecha.*

Existen pruebas tangibles de que aún nos encontramos poco firmes culturalmente hablando, en cuanto a poder asumir el compromiso de siempre operar en función de los derechos del hombre, pudiendo decir que aún nos encontramos lejos de poder aterrizar en dicho campo de cultivo la reforma, pues existe un abismo grande entre lo que se pretende y sobre aquello que se tiene para obtenerlo. El terreno no se torna favorable para todas las expectativas de la reforma. Lo cual no significa de ninguna forma renunciar a tan alto propósito, sino el hecho de que no debemos aventurarnos a desplegar todo tipo de medidas para que la misma se lleve a cabo sin antes echar una mirada introspectiva a nuestro estado mental actual, el cual como hemos ya dicho, es el cultural.

Debemos trabajar pues en ello, es increíble cómo los derechos humanos pueden estar en la boca de todos, no obstante a la vez no estar en ningún lado. Piénsese en la sobrepoblación de las cárceles y la miserable condición en la cual

¹⁶⁵ Dávila Reinoso, Roberto, *op. cit.*, nota 137, p.44.

¹⁶⁶ López Calera, Nicolás, “Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el derecho”, en Squella, Agustín, y López Calera, Nicolás, *Derechos Humanos, invento o descubrimiento*, Madrid, Fontamara, 2010, p. 103.

viven los reos, y en todos aquellos casos que están a la vista no sólo del ciudadano, sino también de la autoridad sin que se realice la menor acción para evitarlo. “Ahora mismo hay millones de personas para quienes se trata sólo de derechos en el papel.”¹⁶⁷ Esto como prueba fehaciente de que ver no significa hacer.

Se requiere pues, más allá de incontables propuestas *un cambio cultural*, no solo en la perspectiva jurídica sino en todos los ámbitos que llegue pues a toda la sociedad, la cual jugará un papel medular en la dinámica que se necesita para que se logre la retroalimentación entre ésta y las acciones que se emprendan para que lleguemos a cumplir nuestros anhelos. Necesitando pues que aquella, avance de forma paralela a aquellos *valores* a través de los cuales llegamos a apreciar ya sea de manera racional, y más, si lo queremos de manera sentimental, los atributos que derivan de la esencia del hombre. Al respecto, Reynoso Dávila nos dice.

Los grandes avances de las ciencias de la naturaleza, con las más modernas tecnologías de punta en la manipulación humana, en el campo de la Genética, sin bases morales pueden conducir a la creación monstruosa de los frankenstein, que otrora se pensaron sólo como ciencia ficción, o, si acaso, como diversión infantil, y con los grandes adelantos en la física nuclear, sin bases morales pueden conducir a la total destrucción de la humanidad. ¹⁶⁸

Pues como bien lo señala Squella “El “advenimiento” de ese mundo en que los seres humanos disfruten de sus libertades... puede ser, insiste, el resultado de acciones humanas, concretas y continuadas.”¹⁶⁹ Las cuales, solo con un cambio en la psique del individuo pudiéramos decir pueden ser si no realidad, porque

¹⁶⁷ Squella, Agustín, “Qué puesto ocupan los derechos humanos en el derecho”, en Squella, Agustín y López Calera, Nicolás, *Derechos Humanos. Invento o descubrimiento*, Madrid, Fontamara, 2013, p. 77

¹⁶⁸ Dávila Reinoso, Roberto, *op. cit.*, nota 137, p. 49.

¹⁶⁹ López Calera, Nicolás, “Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el derecho”, en squella, Agustín y López Calera, Nicolás, *Derechos Humanos. Invento o descubrimiento*, Madrid, Fontamara, 2013, p.105.

“Cada cosa es ella misma y su contraria, porque es inconclusa, porque es inacabada y porque lleva en sí y en su finitud el gérmen de su propia negación.”¹⁷⁰ sí al menos tengan los derechos fundamentales la oportunidad de ser factibles.

Con esto, nos podemos percatar que es más que necesaria la introducción de programas además de los de índole técnica, aquellos que tengan como principal fundamento hacer que la cultura de los derechos fundamentales permee al interior de cada sujeto. No queriendo decir con ello que debemos hacerlo tal cual como si por arte de magia un curso, un taller nos hiciera experimentar la empatía hacia el respeto de un derecho tan sublime como la igualdad, es más, ni pretendiéndolo esto por la vía legislativa lo podríamos lograr, “Los bienes más importantes están protegidos, más por fuerzas sociales que el legislador no puede dominar, que por la fuerza de la ley”¹⁷¹, sino haciéndolo desde otros ámbitos como son las políticas públicas desde donde podamos adoptar estilos de vida diferentes inclusivos del germen que posibilita un verdadero cambio cultural. Este ámbito pues, que si bien es verdad pareciera que el derecho no se pudiera advertir, lo cierto es que bien podemos *regular* aquellas acciones que se necesiten en el ánimo de que la reforma en su aspecto cultural pudiéramos asegurar conforme al ritmo que las actuales circunstancias nos exigen.

5. El juez y los derechos humanos.

Ahora bien, lo anterior, en cuanto a la generalidad de operadores intervinientes dentro del sistema, sin embargo hemos de considerar con especial atención a un tipo de ellos: nos referimos a los juzgadores, quienes son, a pesar de los múltiples actores que dentro de la actividad jurisdiccional se desempeñan, los únicos sobre los cuales de *manera directa* podemos decir recaerá el gran peso y responsabilidad que implica que se logre con efectividad y aceptación el sentido pleno de los derechos fundamentales. “Rudolf Stammler... decía que si hay alguna

¹⁷⁰ *Ibídem*, p.110

¹⁷¹ Dávila Reinoso, Roberto, *op. cit.*, nota 137, p. 55.

profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, es precisamente la profesión del juez, a cuya misión llamaba “sacerdocio judicial”¹⁷².

Además de todas aquellas características nuevas que debe tener el operador jurídico, que podemos decir que básicamente se traduce en uno nuevo, pues los cambios hechos a la constitución más que una reforma, han representado, si los sabemos apreciar bien, un cambio de paradigma en el derecho; el juzgador, como guardián que es de la permanencia no que digamos de un estado de derecho sino democrático, tendrá ahora que ejercer su profesión otrora simple y mecánica, en *delicada expresión de sus mas sublimes conocimientos; sin los cuales, corremos el riesgo de caer en utópicas interpretaciones que desborden los mismos límites que han erigido la naturaleza del derecho positivo.*

El cambio de redacción a nuestro artículo primero, y por ello la subsunción al control de convencionalidad como es la exaltación de los derechos del hombre por encima del Estado, esto es, siendo anteriores al mismo, nos ha hecho por la propia naturaleza del concepto inmiscuirnos como lo dijimos en líneas anteriores en un terreno pantanoso. Esto nos hace si bien situar al individuo por fin sobre el estado no obstante al no ser suficiente para el logro de que los derechos se respeten, preocuparnos sobre aquellos *límites* que se deberán poner a cada derecho.

Ya en el capítulo anterior hablábamos sobre el corazón o razón de ser de la norma, que es, el derecho subjetivo, el cual lo podemos entender más que como la simple facultad para hacer valer nuestro derecho, se deba tomar en la interpretación que se haga sobre el caso en cuestión en su justa dimensión, es decir, debe servir como un criterio metodológico a la hora de decidir sobre la exacta aplicación cuando se trate de derechos fundamentales. Pues no tomar en serio en su justa medida tal criterio volvería a tal punto inexplicable la regulación de x o y conducta, pues como bien sabemos un derecho llega hasta ahí donde no representa límites a la libertad de otros en aquél derecho como dice Ignacio Burgoa para ser feliz. Los derechos humanos no son absolutos.

¹⁷² *Ibidem*, p. 49.

La suprema corte de justicia en este sentido ha dicho lo siguiente:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por

la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.¹⁷³

Hemos visto pues cada uno de los elementos que si queremos tratar con sentido serio a la reforma constitucional en derechos humanos no debemos nunca dejar de advertir. Pues similar a la entramada que podría constituir a una red, aquella debe tejerse sobre puntos específicos que le den coherencia, en cuanto pretendemos que nuestro sistema jurídico tenga criterios bien definidos para ser interpretados, sobre todo consistencia de aquello que representa, o sea los derechos fundamentales.

De todo lo anterior podemos colegir que hemos convertido al sistema jurídico en uno de tipo sustantivo. Se advertirán en cada una de las interpretaciones realizadas por cada uno de los operadores jurídicos, no sólo aquella regla aplicable al caso concreto, sino también deberán descubrirse elementos del derecho natural que posibiliten que en dicha labor no nos salgamos del estándar interpretativo que entraña el sometimiento al control de convencionalidad.

A su vez, no debemos visualizar los derechos humanos desde su universo infinito. Los derechos humanos no son absolutos. Cada una de las sociedades para regirse necesitan de límites a las acciones de sus individuos en el entendido de que un derecho llega hasta donde no represente un perjuicio en otro individuo. Esto deberá reflejarse siempre en la interpretación de la norma al caso en cuestión, no debiendo hacer una interpretación desmesurada de ellos.

Si bien la moral ha entrado a nuestro sistema jurídico. Las normas del derecho internacional y por si no fuera suficiente las de corte legal no cumplen con el requisito de la delimitación en cuanto al contenido se refiere para que estas se deban aplicar por el juzgador con la menor discrecionalidad posible, lo contrario hará que la decisión que al respecto se tome sea siempre en función de su subjetividad. Por otra parte se desmerita la labor del derecho positivo. Son los principios, sobre todo aquellos encontrados en las normas del derecho

¹⁷³ Tesis 1a./J.2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, feb de 2012, p.533.

internacional las que prevalecerían en cada interpretación, abriéndonos espacio a la moral. El derecho positivo encuentra su justificación en sí mismo. La moral se muestra incapaz de poder hacer viable la vida en sociedad, en cuanto es el libre albedrío del individuo lo que enmarca los límites de sus acciones. La moral adolece del elemento de la coercitividad, el cual ya no permite en este sentido que el sujeto resuelva de forma arbitraria, sin límites a su propia conducta, sino de acuerdo al consenso que implícitamente encontramos en el derecho positivo.

Es importante no olvidar que el derecho positivo debe ser visto como el consenso indirecto que deriva de las mayorías, y por eso mismo permite la estabilidad de una buena sociedad, y por eso mismo se reviste de validez. La moral, nunca ha de compartir como lo hace el derecho positivo, aunque imperfecto, el símbolo de la estabilidad y por ello la seguridad que nos puede brindar la regulación de nuestros actos a través de aquél.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con el cambio de redacción del artículo primero constitucional, de garantías individuales a Derechos Fundamentales se ha alterado la naturaleza de nuestro derecho, ya que hemos transitado de un sistema jurídico antes constituido casi en su totalidad por reglas, a uno a base de principios, los cuales requerirán formas de interpretación distintas de aquellos utilizados con anterioridad, al contar ambos con estructuras totalmente distintas.

SEGUNDA.- Es necesario contar con métodos interpretativos que permitan brindar coherencia y consistencia como es la interpretación por principios. Los modelos clásicos son insuficientes para la operación de la reforma constitucional en materia de Derechos Fundamentales. Mientras los modelos lógicos conllevan el riesgo de caer en el reduccionismo lógico ciego; los modelos legales forman parte de los mecanismos de la defensa natural de los procesos jurisdiccionales; y los modelos retóricos no dejan claro el por qué al momento de resolver sean más allá de toda duda razonable, ideales o bien simplemente prácticos a la hora de solucionar conflictos de gran profundidad filosófica, el actual modelo argumentativo por principios generales, aunque nos permite acceder a un universo de directrices no ofrece un mecanismo claro para su justipreciación, cuando éstos entran en colisión entre sí.

TERCERA.- Aunque no todos los tratados y convenciones internacionales de los que México es parte propenden directamente a la conservación de la esfera mínima de protección de los gobernados, puesto que existen disposiciones de orden internacional que no tienen otro objetivo que el de regular las relaciones entre los sujetos del derecho internacional, o bien de proteger intereses de tipo económico en los mercados globales, deberán también invocarse aquellas normas que, aunque no se encuentren dentro de los documentos que abiertamente se consideren de derechos humanos, contengan derechos fundamentales.

CUARTA.- Para evitar se realicen prácticas abusivas que se encuentren más allá de la justa defensa de los sujetos, el principio *pro homine* deberá tener como parámetro de aplicación al derecho subjetivo. Requiriéndose dentro de la

interpretación a tal elemento para ajustar el contenido del derecho fundamental del que se trate.

QUINTA.- Aunque gracias a su reconocimiento expreso es aplicado en todos los casos y no en unos cuantos, y se dice es de cuño reciente, el principio *pro persona* es sólo una *confirmación* dentro de nuestro aparato normativo. Si bien el mismo hubo de aplicarse en las interpretaciones que los jueces realizaban como es el caso del artículo 14 y 16 constitucional, siempre requirió una interpretación indirecta y no gramatical.

SEXTA.- El principio de jerarquía constitucional a través de la cual siempre fue el derecho positivo concebido, aún no deja, ni dejará de existir. Es la norma fundamental de cada país la que determina, cuál será la norma en un proceso de selección de las mismas, aquella que sea de menor respecto a la de mayor, incluida la Constitución. Tal distinción solo es de índole práctica y no sustancial.

SÉPTIMA.- Aunque el nuevo juicio de amparo contempla cambios como la atenuación del principio de relatividad, a través de las Declaratorias Generales de Inconstitucionalidad; el amparo adhesivo a través del cual pueden ser objeto de estudio en un solo juicio de amparo, todas las violaciones procesales que hubiesen existido en un procedimiento jurisdiccional; la institución del interés legítimo que se aparta de la doctrina del derecho subjetivo y facilita la constitución como quejosos en el juicio de amparo a los sujetos que hayan sufrido una afectación directa a un derecho reconocido o una situación derivada del orden jurídico; la posibilidad de que particulares puedan ser reconocidos como autoridades responsables cuando éstos realicen actos equivalentes a los de las autoridades; el cambio más trascendental en el juicio de amparo es el operado en el apartado de los conceptos de violación, ya que de la anterior operación silogística se transitó a un modelo de argumentar violaciones a los Derechos Fundamentales que abre su tramitación a la gama de derechos reconocidos directa o indirectamente por el orden constitucional.

OCTAVA.- Es necesaria la redefinición del papel que hoy ocupará el Poder Judicial de la Federación. Resulta alterada la función jurisdiccional, las *amplias* facultades discrecionales que hoy se han otorgado al juzgador, no coinciden con

su la naturaleza preponderantemente cognitiva y no legislativa. Es decir, si habremos de manera más abierta admitir que debido a su subjetividad dentro de la actividad interpretativa aceptemos que el juzgador tenga facultades propiamente legislativas, o bien, debamos advertir la línea que marque el fundamento de sólo ser, un aplicador de la ley.

NOVENA.- Se visualiza a la ponderación como el método hermenéutico que nos permite acceder al universo de directrices que marca nuestra Constitución, no obstante no ser un mecanismo claro para su justipreciación, es el único con el que contamos para solucionar aquellos problemas que implican una colisión entre principios. Cayendo en el tan despreciado por los formalistas, casuismo judicial. Rompiéndose el paradigma de la concepción de la letra de la ley sólo como derecho.

DÉCIMA.- Necesitamos de criterios homogéneos que posibiliten entender de manera objetiva y no retórica los parámetros dentro de los cuales debamos describir el “estándar internacional”. La actual jurisprudencia que existente al respecto aún se torna insuficiente, poniéndose en riesgo el principio de seguridad jurídica. Aunque sea a partir de la misma que podamos dar coherencia al sistema jurídico ya sea ésta de fuente interna o ya del derecho internacional, para que esto suceda tal vez habrán de pasar décadas para que el juzgador desarrolle su actuación de una forma precisa.

ONCEAVA.- Se requiere de un nuevo tipo de operador jurídico. Además de un cambio cultural en los mismos que ya no sea tan formalista, aparejado de la necesidad de un cambio en la actual estructura del poder judicial de manera que ya no sea vertical para que los jueces logren mayor dependencia, se requiere de una adecuada capacitación mediante la cual se le brinden las herramientas hermenéuticas, a través de las cuales estén los operadores en condiciones de, desentrañar los contenidos jurídico-filosóficos de las normas convencionales, estrechamente ligados a concepciones sobre el respeto de la dignidad y libertad humanas.

DOCEAVA.- Aunque de la interpretación sistemática del artículo primero y 133 constitucional, es claro en cuanto a que la Constitución y los tratados

internacionales serán la ley suprema de la unión, en la restricción de garantías individuales de la que habla el artículo 29 constitucional, que ahora será por Derechos Fundamentales, no se despeja la duda, sobre cual de los dos fuentes de derechos ejercerá una influencia determinante cuando de seguridad nacional se trate.

TRECEAVA.- Se cuestiona la validez de la reforma constitucional. Las normas del derecho internacional que presentan la forma de principios, no cumplen con el requisito delimitativo que exige estar inmersas dentro del derecho positivo. Dichas normas tienen una estructura tan dispersa que podrían volver nula cualquier interpretación objetiva que se pretenda obtener de las mismas. Existe el riesgo de sobrecargar la capacidad del sistema jurídico cayendo en aspiraciones utópicas, toda vez que más allá de buenas intenciones en la protección de los Derechos Fundamentales, se pretende abarcar a la moral si no de una forma expresa sí de forma tácita en cuanto deberán interpretar la normativa que en forma de principios se encuentren sobre todo tratándose de las del derecho internacional.

FUENTES DOCUMENTALES

Bibliografía.

- ALLIER CAMPUSANO, Jaime, *Introducción a la interpretación Constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2013.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, UNAM, México, 2002.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El juicio de amparo*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, 3a. ed., México, Oxford, 2008.
- AYALA CORAO, Carlos M. *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, FUNDAp, 2003.
- BALTAZAR ROBLES, Germán Eduardo, *El juicio de amparo*, México, COEDI, 2011.
- BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad. Incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio, coords), *Justicia constitucional y derechos fundamentales, Núm. 3. El control de convencionalidad*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012.
- BECERRA RAMIREZ, Manuel, POVEDANO AMEZOLA Adriana, et al, “La soberanía en la era de la globalización”, en Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor, y Becerra Ramírez Manuel, (coords) *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, UNAM, México, 2010.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- BOBIO, Norberto, *Derecho y Lógica*, UNAM, México, 1965.
- BRAVO PERALTA, M. Virgilio e ISLAS COLÍN, Alfredo, *Argumentación e interpretación jurídica, para juicios orales y la protección de derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 40a. ed., México, Porrúa, 2004.
- _____, *Las garantías individuales*, 37a. ed., México, Porrúa, 2004.

- _____, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 2007.
- CABALLERO OCHOA, José Luís, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, 158a. ed., México, Porrúa, 2009.
- _____, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, 166a. ed., México, Porrúa, 2012.
- _____, *Introducción General al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *El derecho como argumentación*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, México.
- CASTAÑEDA, Mirella, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, México, CNDH, 2012.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2002.
- CONTRERAS CASTELLANOS, Julio Cesar, *El juicio de amparo, principios fundamentales y figuras procesales*, México, Mac Graw Hill, 2009.
- DA SILVA, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, UNAM, México, 2003.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO Luis, *Los Derechos Humanos*, México D.F. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34ª. ed., México, Porrúa, 2005.
- DE ZAM, Julio, *La ética. Los derechos y la justicia.*, Fundación Konrad, Adenauer Stiftung. V., Montevideo, 2004.
- DOMINGUEZ, NÁREZ, Freddy, *Constitución, interpretación, y jurisprudencia constitucional*, en Bravo Peralta, M. Virgilio E islas Colín, Alfredo, *Argumentación e interpretación jurídica, para juicios orales y la protección de derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012.

- EMIL, Brunner, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, UNAM, México, 1961.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente, *Educación y palabra*, Astra de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L., Argentina, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, México, INCP, 2010.
- _____, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 4a. ed. México, Fontamara, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. el nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos un nuevo paradigma*, 2012, Porrúa, México.
- FIX FIERRO, Héctor, “Los juristas académicos del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM y la construcción jurídicas de las nuevas instituciones democráticas” en Cruz Barney, Oscar y fix Fierro Héctor, (coords), *Los abogados y la formación del Estado Mexicano*, UNAM, México, 2013.
- GARCÍA BERLAUDE, Domingo, *La constitución y su dinámica*, UNAM, México, 2004.
- GONZALEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Los derechos están en los hechos*, UNAM, México, 2013.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luís y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Derechos humanos. Actualidad y desafíos*. (Coords.), México, Fontamara, 2012.
- HARTMANN, Nicolás, *Introducción a la filosofía*, trat, José Gaos, UNAM, México, 1961.
- KAISER, Stefan A. “Ejercicio de la soberanía de los Estados”, en Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor, y Becerra Ramírez Manuel, (coords), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, UNAM, México, 2010.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Edesa, s.a.
- _____, *Qué es la justicia*, 3a. ed., México, Gernika, 2004.
- LA PÉRGOLA, Antonio, *Constitución del estado y normas internacionales*, UNAM, México, 1985.
- LASALLE, Férdinan, *Qué es una constitución*, Exodo, México, 2006.

- LAVEAGA, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, UNAM, México, 1999.
- LIMÓN ROJAS, Miguel, “Algunas consideraciones sobre interpretación constitucional”, en Carpizo, Fix Zamudio *et. al.*, *Interpretación constitucional*, UNAM, México, 1975.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio, *La estructura constitucional del Estado Mexicano*, UNAM, México, 1975.
- MELENDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- MODUNGO, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, FUNDAP, México, 2004.
- OLIVECROMA, Karl, *Lenguaje jurídico y Realidad*, México D.F, editorial BEFDP, 2007.
- PÉREZ DAYÁN, Alberto, *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales y su jurisprudencia*, México, Porrúa, 2003.
- QUINTANA ROLDÁN et at, *Derechos Humanos*, 4a. ed., México D.F. editorial Porrúa, 2006.
- REINOSO DÁVILA, Roberto, *La misión del juez ante la ley injusta*, 5ª ed. México, Porrúa, 2011.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo. *Teoría de la argumentación jurídica*, México D.F, Plaza y Valdez, 2003.
- RICKERT, Heinrich, *Teoría de la definición*, UNAM, México, 1960.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, Porrúa, 2011.
- SADA, Ricardo y MONROY, Alfonso, *Curso de teología moral*, México, Editora de Revistas, 1990.
- SANZ BURGOS, Raul, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales”, en Maqueda Abreu, Consuelo y Martínez Bullé Goyri, Víctor, coords), *Derechos Humanos. Temas y problemas*, UNAM, México, 2010.
- SECO, Rafael. *Manual de gramática Española*, Durango, Dgo., Universidad Juárez de Durango, 1954.

SQUELLA, Agustín y LÓPEZ CALERA, Nicolás, *Derechos Humanos. Invento o descubrimiento*, Madrid, México, Fontamara, 2013.

TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, 17a ed., México, Porrúa, 2003.

UNESCO, *Derechos Humanos, preguntas y respuestas*, México, editorial Correo de la UNESCO, 1999.

ZAMORA GRANT, José, *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Tlaxcala, Tlax., Grupo editorial Gudiño Cicero, 2007.

Tesis y Jurisprudencia.

Tesis 1ª. CCXIV, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, julio de 2013, p. 556.

Tesis 1a/J.18, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

Tesis 1ª./J.2/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2012, p.533.

Tesis I.7o.C.154 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p.1748.

Tesis 1a. LXXIV, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p.300.

Tesis IV/3o.t.190 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1407.

Legislación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

Convención sobre todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Sitios de Internet.

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>.

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_01.pdf.

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_24.pdf?portal=4.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>.

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_24.pdf?portal=4.

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

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

<http://www.undp.org/cu/documentos/genero/CEDAW.pdf>.

<http://www.congresosinaloa.gob.mx/actividadlegislativa/leyes/zip/constitucion.pdf>.

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02588318760203273089079/042160.pdf?incr=1>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3260>.

<http://lema.rae.es/drae/?val=jerarqu%C3%ADa>.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jerarquia-normativa/jerarquia-normativa.htm>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/10/art/art13.htm>.

http://bib.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=la+validez+del+derecho&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=&enviar=Buscar.

http://213.0.4.19/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=los+principios+jur%EDdicos+de+los+derechos+humanos&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=&enviar=Buscar.

http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/public/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_21.pdf?portal=4.

<http://213.0.4.19/FichaObra.html?Ref=32214&portal=4>.

<http://amparo-garantias-y-derechos-humanos.coedi.edu.mx/2011/11/estructura-de-un-concepto-de-violacion.html>.

<http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0812/5.2NuevaLeyAmparo.pdf>.