

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO



LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS SENTENCIAS  
CONSTITUCIONALES PRONUNCIADAS POR LA SUPREMA CORTE DE  
JUSTICIA DE LA NACIÓN

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTOR EN CIENCIAS DEL DERECHO  
PRESENTA

EDGAR IVÁN ORTEGA PEÑUELAS

DR. MANUEL DE JESÚS ESQUIVEL LEYVA  
DIRECTOR

CULIACÁN ROSALES, SIN.

SEPTIEMBRE DEL 2019.

# INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

#### I. ANTECEDENTES

1. <i>Aristóteles</i> .....	12
2. <i>Cicerón</i> .....	12
3. <i>Quintiliano</i> .....	13
4. <i>Santo Tomás de Aquino</i> .....	14

#### II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. <i>Definición</i> .....	14
2. <i>Elementos de la argumentación jurídica</i> .....	15
A. <i>Filosofía</i> .....	15
B. <i>Dialéctica</i> .....	16
C. <i>Retórica</i> .....	17
D. <i>Ética</i> .....	20
E. <i>Lenguaje jurídico</i> .....	20
F. <i>Lógica Jurídica</i> .....	21
3. <i>Concepciones de la argumentación jurídica</i> .....	22
A. <i>Concepción formal</i> .....	22
B. <i>Concepción material</i> .....	23
C. <i>Concepción pragmática</i> .....	25
D. <i>Teoría estándar de la argumentación jurídica</i> .....	25
4. <i>Clasificación y tipos de argumentos</i> .....	27
A. <i>Clasificación de los argumentos</i> .....	27
B. <i>Tipos de argumentos</i> .....	29
a. <i>Argumento a fortiori</i> .....	29
b. <i>Argumento a contrario</i> .....	30
c. <i>Argumento a simili o por analogía</i> .....	30
d. <i>Argumento de la dirección</i> .....	31
e. <i>Argumento psicológico o genético</i> .....	31

f. Argumento teleológico.....	32
g. Argumento de trascendencia.....	32
h. Argumento por el uso de los precedentes .....	32
i. Argumento principialista .....	33
j. Argumento sistemático .....	34
k. Argumento de coherencia.....	34
l. Argumento sede materiae .....	34
m. Argumento lógico jurídico .....	35
n. Argumento pragmático .....	35
ñ. Argumento de autoridad .....	36
o. Argumento en materia de hechos.....	36
C. <i>Falacias</i> .....	37
a. De la falsa analogía.....	37
b. De la equivocación .....	37
c. Petición de principio.....	37
d. Ad consequentiam.....	38
e. Relativista .....	38
f. Ad baculum.....	39
g. Causa cuestionable .....	39

### III. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

1. <i>Definición</i> .....	40
2. <i>Medios de control constitucional</i> .....	41
A. <i>Controversias constitucionales</i> .....	41
B. <i>Acciones de inconstitucionalidad</i> .....	41
C. <i>Juicio de amparo</i> .....	42
3. <i>Clasificación de las sentencias constitucionales</i> .....	43
A. <i>Sentencias estimatorias y desestimatorias</i> .....	43
B. <i>Sentencias definitivas y firmes</i> .....	43
C. <i>Sentencias manipulativas</i> .....	44
a. <i>Sentencias sustitutivas</i> .....	44
b. <i>Sentencias reductoras</i> .....	45
c. <i>Sentencias aditivas</i> .....	45
D. <i>Sentencias interpretativas</i> .....	46

a. Sentencias de estimación y de rechazo .....	46
4. Interpretación jurídica .....	47
A. Interpretación jurídica e interpretación constitucional .....	47
B. Funciones de la interpretación constitucional.....	48
a. De orientación .....	48
b. De actualización .....	48
c. De control .....	48
C. Diferentes tipos de interpretación constitucional.....	49
a. Interpretación conforme.....	49
b. Interpretación auténtica .....	49
D. Interpretación y argumentación.....	50
5. Fundamentación y motivación .....	51
6. Justificación interna y externa .....	52
7. La ponderación.....	54

#### IV. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

1. ¿Qué es la argumentación constitucional?.....	55
2. Características de la argumentación constitucional.....	57
3. Finalidad de la argumentación constitucional.....	59
4. La argumentación constitucional frente a los casos difíciles .....	60

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### ANÁLISIS ARGUMENTATIVO REALIZADO EN SENTENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

##### I. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN DERECHOS HUMANOS

1. Contradicción de tesis 293/11 .....	62
A. Estudio del marco argumentativo sobre restricción de derechos.....	62
B. Análisis argumentativo de la contradicción de tesis 293/11 .....	64
a. Método estructural y de contenido argumentativo .....	64
2. Geolocalización de equipos móviles.....	69
A. Estudio del marco argumentativo sobre geolocalización .....	69
B. Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 32/12 .....	72

a. Modelo de Stephen Toulmin.....	72
3. <i>Constitucionalidad del arraigo como medida cautelar</i> .....	75
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre el arraigo</i> .....	75
B. <i>Análisis argumentativo del amparo directo en revisión 1250/12</i> .....	79
a. Método estructural y de contenido argumentativo .....	79
 II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA EDUCATIVA	
1. <i>Omisión legislativa del Estado de Oaxaca</i> .....	81
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre omisión legislativa</i> .....	81
B. <i>Análisis argumentativo de la controversia constitucional 38/14</i> .....	84
a. Modelo de diagrama de flechas de Manuel Atienza .....	84
2. <i>Legislación en materia educativa del Estado de Michoacán</i> .....	86
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre legislación en la materia</i> .....	87
B. <i>Análisis argumentativo de la controversia constitucional 39/14</i> .....	91
a. Modelo de diagrama de flechas de Manuel Atienza .....	91
 III. DERECHO A LA PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN	
1. <i>Almacenamiento de datos personales en materia de telecomunicaciones</i> .....	93
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre almacenamiento de datos</i> .....	93
B. <i>Análisis argumentativo del amparo en revisión 964/15</i> .....	97
a. Método estructural y de contenido argumentativo .....	97
2. <i>Prohibición para la entrega de información por la PGR</i> .....	101
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre entrega de información</i> .....	101
B. <i>Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 49/09</i> .....	103
a. Modelo de Stephen Toulmin.....	104
 IV. DISTINTOS TEMAS RELACIONADOS CON EL ANÁLISIS ARGUMENTATIVO	
1. <i>Libertad de expresión y protección de periodistas</i> .....	106
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre protección de periodistas</i> .....	106
B. <i>Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 84/15</i> .....	108
a. Método estructural y de contenido argumentativo .....	108
2. <i>Anatocismo o capitalización de intereses</i> .....	110
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre simulación contractual</i> .....	111
B. <i>Análisis argumentativo de la contradicción de tesis 31/98</i> .....	112

a. Estudio argumentativo del anatocismo como forma de simulación .....	113
b. Estudio del marco argumentativo sobre el encubrimiento ilícito de intereses.....	113
c. Estudio argumentativo sobre falsedad ideológica o subjetiva .....	116
3. <i>La función de legalidad en contra del control constitucional</i> .....	118
A. <i>Estudio del marco argumentativo sobre función de legalidad</i> .....	118
B. Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 104/15.....	120
a. Silogismo categórico o convencional.....	120

## CAPÍTULO TERCERO

### EVALUACIÓN ARGUMENTATIVA REALIZADA EN SENTENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

#### I. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN DERECHOS HUMANOS

1. <i>Contradicción de tesis 293/11</i> .....	123
A. <i>Tesis coherentista-principialista</i> .....	124
B. <i>Escala tríadica para la asignación de peso de los principios</i> .....	127
a. Principio de supremacía constitucional .....	128
b. Principio de validez normativa.....	129
C. <i>Ley de la ponderación</i> .....	131
2. <i>Geolocalización de equipos móviles</i> .....	134
A. <i>Teoría garantista del Derecho</i> .....	134
B. <i>Teoría consecuencialista de la argumentación jurídica</i> .....	136
C. <i>Estudio estadístico sobre los efectos de la geolocalización en México</i> .....	138
D. <i>Evaluación argumentativa-consecuencialista a partir del modelo de         Toulmin</i> .....	141
3. <i>Valoración argumentativa del arraigo</i> .....	142
A. <i>¿Se trató de una decisión judicial justificada desde el punto de vista         formal y material?</i> .....	143
a. Criterio de corrección formal .....	143
b. Criterio sustancial o material de validez .....	144
B. <i>Evaluación argumentativa del razonamiento judicial en relación         al arraigo</i> .....	147

- a. ¿Se ha respetado el principio de convencionalidad en relación a los derechos humanos? ..... 147
- b. ¿Cuál es el criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación promueve en cuanto a la interpretación constitucional del arraigo? ..... 148

## II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA EDUCATIVA

- 1. *Omisión legislativa del Estado de Oaxaca* ..... 149
  - A. *Heterogeneidad, pluralismo y autodeterminación de los pueblos indígenas*..... 149
  - B. *Evaluación argumentativa a través del chart method de Jhon H. Wigmore* ..... 151
- 2. *Legislación en materia educativa del Estado de Michoacán* ..... 153
  - A. *Una valoración argumentativa desde la tónica de Theodor Viehweg* ..... 153
  - B. *Evaluación comparativa con el derecho internacional* ..... 154

## III. DERECHO A LA PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

- 1. *Almacenamiento de datos personales en materia de telecomunicaciones* ..... 157
  - A. *Estudio valorativo de confrontación material*..... 157
  - B. *Evaluación en base a la argumentación principialista*..... 158
    - a. Principio de legalidad y seguridad jurídica ..... 159
    - b. Protección de datos personales y la vida privada..... 160
- 2. *Prohibición para la entrega de información por la PGR*..... 162
  - A. *Una valoración argumentativa desde la óptica de Stephen Toulmin y la crítica de Jürgen Habermas*..... 163

## IV. DISTINTOS TEMAS RELACIONADOS CON LA EVALUACIÓN ARGUMENTATIVA

- 1. *Libertad de expresión y protección de periodistas* ..... 165
  - A. *¿Por qué es importante la argumentación contenida en el voto particular expuesto por el ministro Arturo Zaldívar?* ..... 165
    - a. Esquema inferencial-racional de la argumentación jurídica contenida en el voto particular..... 168
  - B. *Evaluación comparativa-argumentativa de la acción de Inconstitucionalidad 84/15*..... 168
- 2. *Anatocismo o capitalización de intereses*..... 170

A. <i>Evaluación argumentativa de la contradicción de tesis 31/98 sobre el anatocismo o capitalización de intereses</i> .....	170
3. La función de legalidad en contra del control constitucional .....	174
A. <i>Control de legalidad versus efectos expansivos de constitucionalidad</i> .....	174
B. <i>La necesidad de consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como auténtico Tribunal Constitucional</i> .....	176

## CAPÍTULO CUARTO. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SENTENCIAS INTERNACIONALES

### I. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

1. <i>Sentencia 16574/08 de fecha 07 de febrero de 2013</i> .....	179
A. <i>Aplicación de las leyes conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos</i> .....	179
B. <i>Principio de proporcionalidad y persecución del fin legítimo</i> .....	181

### II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. <i>Sentencia U 466/11; U 1836/11 de fecha 14 de marzo de 2012</i> .....	185
A. <i>Inclusión de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la Constitución</i> .....	185

### III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA

1. <i>Sentencia BVerfGE 107, 299 de fecha 12 de marzo de 2003</i> .....	193
A. <i>Inviolabilidad de las telecomunicaciones</i> .....	193
2. <i>Sentencia BVerfGE 65, 1 de fecha 15 de diciembre de 1983</i> .....	197
A. <i>Principio de autodeterminación informativa</i> .....	197
3. <i>Sentencia BVerfGE 256/08 de fecha 02 de marzo de 2010</i> .....	203
A. <i>Protección de datos conservados</i> .....	203



IV. ANALISIS ARGUMENTATIVO DE SENTENCIAS VINCULANTES  
PRONUNCIADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS

1. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso <i>González y otras “Campo algodonero” vs. México</i> .....	208
A. Análisis argumentativo del caso <i>González y otras vs. México</i> .....	208
B. Esquema inferencial-razional de la argumentación jurídica contenida en el caso <i>González y otras vs. México</i> .....	210
a. Esquema inferencial-razional.....	213
b. Conclusiones referentes al esquema inferencial.....	213
2. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, caso <i>Radilla Pacheco vs. México</i> ....	214
A. Desaparición forzada como violación múltiple de derechos humanos .....	214
B. Acceso a la justicia y la obligación de realizar investigaciones efectivas....	218
C. Modelo de Stephen Toulmin para el caso <i>Radilla Pacheco</i> .....	221
D. Conclusiones argumentativas en base al modelo de Stephen Toulmin.....	223
3. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Caso <i>Cabrera García y Montiel Flores vs. México</i> .....	223
A. Argumentación concerniente a la libertad personal .....	224
B. Argumentación concerniente a la integridad personal .....	226
4. Sentencia de 15 de mayo de 2011, caso <i>Fernández Ortega y otros vs. México</i> .....	228
A. Estudio argumentativo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	228
B. Interpretación de la argumentación sostenida en el caso <i>Fernández Ortega y otros en contra de México</i> .....	232

CONCLUSIONES

PROPUESTAS

FUENTES CONSULTADAS

## INTRODUCCIÓN

El nuevo paradigma del pensamiento jurídico ha generado una serie de cambios que han influido en la esfera de actuación de los tribunales encargados de impartir justicia, uno de ellos se encuentra relacionado con la exigencia hacia los jueces constitucionales para justificar sus resoluciones no solo en base a lo establecido en una norma prescrita, sino al mismo tiempo mejorar la calidad argumentativa de sus razonamientos desarrollados dentro de las sentencias que emiten.

Hoy en día es necesario aplicar la argumentación jurídica en el contexto práctico, lo cual deriva en el estudio de casos concretos que son significantes dentro del contexto jurídico, en el caso de México, es esencial entender los criterios que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación en razón de que sus decisiones pueden marcar el rumbo del sistema jurídico, político y social, por lo que se exige la elaboración de mejores instrumentos de resolución que sean convincentes y adecuados desde el punto de vista argumentativo.

No obstante, para comprender de manera integral el razonamiento jurídico en las decisiones judiciales, es necesario conocer las teorías de la argumentación jurídica e identificarlas dentro de la práctica, analizar los tipos de razonamiento, los enfoques ideológicos y jurídicos, para dar paso a un análisis y evaluación objetiva sostenida en métodos, técnicas y estudios que contrasten -según sea el caso- lo expresado por los máximos tribunales de justicia.

Por tal razón, en la presente tesis se realiza un estudio y análisis de distintas sentencias constitucionales pronunciadas por nuestra Corte Suprema a través de métodos como el desarrollado por Stephen Toulmin, Manuel Atienza, Graciela Fernández Ruiz, por mencionar algunos, con el objetivo de dotar de mayor certeza a la investigación, no sin dejar de plasmar una crítica constructiva y con todo respeto hacia la difícil labor que realiza nuestro máximo Tribunal, sin dejar de fijar una postura propia y un aporte personal.

En segundo término es necesario poder evaluar de manera teórica, metodológica y objetiva las razones que han dado sustento a las

pronunciaciones argumentativas plasmadas por el Tribunal Constitucional mexicano, en aras de fomentar una cultura jurídica dirigida a los estudiosos de la ciencia del Derecho y a la sociedad en general, con la intención de conocer que está sucediendo en el andamiaje de las distintas ramas del derecho.

Por éstas razones, para realizar una evaluación objetiva se utilizan métodos como la ponderación, el modelo de Toulmin, el *chart method* de Wigmore, la tónica de Viehweg y teorías como la garantista, la consecuencialista, la argumentación principialista, entre otras, de igual forma se incluyen criterios emitidos por organismos internacionales, así como un estudio estadístico en materia de derechos digitales para valorar los efectos producidos por las decisiones judiciales.

De igual forma, se realiza un análisis de sentencias constitucionales de carácter internacional con países como Austria y Alemania, así como de resoluciones internacionales relacionadas con el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana ambos de Derechos Humanos, esto con la finalidad de descubrir mejores herramientas que permitan fortalecer los criterios de evaluación y tener una mejor visión de los problemas que se presentan ante instancias judiciales superiores.

Sin dudas, la presente tesis representa un reto en la formación del razonamiento jurídico, una propuesta que intenta aplicar los contenidos argumentativos a casos prácticos, sin dejar de lado los enfoques normativos, axiológicos y sociológicos, así como las concepciones que han marcado a la teoría estándar de la argumentación jurídica: la visión formal, material y pragmática del Derecho.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. *Aristóteles*

El pensamiento humano ha sido una herramienta con la cual las civilizaciones del mundo se han desarrollado, dentro de estas grandes ciudades nos encontramos con la antigua Grecia, considerada por los filósofos y juristas contemporáneos como una de las más importantes, a través de sus pensadores, pero en particular Aristóteles, han aportado un gran conocimiento a la humanidad.

De esta forma “Aristóteles de Estagira, el más brillante discípulo de Platón y cumbre de la filosofía griega, nació en el año 384 a. C. Su aportación al estudio de la argumentación es invaluable; no solo es reconocido como “padre de la lógica”, sino también, en lo que se refiere a la retórica, fue el primero en realizar una verdadera sistematización de la misma, elevándola así al nivel de arte”.<sup>1</sup>

Aristóteles señaló la importancia de que el razonamiento debía cumplir con ciertos requerimientos de lógica, de ahí que exigía una serie de requisitos que van desde la composición de los argumentos, o lo que se denomina como una estructura correcta de los mismos, hasta la manera de expresar las ideas frente a un auditorio o ante un contrincante, a lo que él denominó retórica.

##### 2. *Cicerón*

Otro grande retórico y orador fue Marco Tulio Cicerón, dentro de sus cualidades se encontraban la forma magistral de ejecutar en público sus discursos, cuando se trataba de asuntos de interés para la vida pública, ponía

---

<sup>1</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 83.

énfasis en la elocuencia con la que exponía su postura que en muchos de los casos llegaba a persuadir hasta a el auditorio más exigente y conocedor.

Tal elocuencia la plasma Cicerón en muchas de sus obras, “La teoría de la ley universal *vera*, del Derecho natural con el que la conducta de los hombres debe conformarse, había sido expuesta por Cicerón con incomparable elocuencia y perfección literaria, pero sonaba a menudo retórica, sobre todo en boca de un abogado y hombre político ambicioso como él lo había sido, llevado por su misma actividad profesional a obrar con habilidad, (- -)”.<sup>2</sup>

A pesar de la vida agitada que sostuvo dentro de la vida pública, pudo entablar lo que para muchos se conoce como una teoría retórica, extraída de las experiencias que mantuvo al interior de la administración romana, entre otras cosas dichos pensamientos versaban alrededor de establecer las cualidades que todo orador debe poseer y la forma en la que éste se debe desenvolver.

### 3. Quintiliano

En referencia a Quintiliano, no ha sido inventor de figuras propias de la retórica o de la oratoria, su labor fundamental consiste en otorgar a la práctica de éstas un sentido humano, más ético, su pensamiento se basa en tomar en cuenta a la virtud como un elemento con el que debe desenvolverse el orador.

Por lo tanto, manifiesta Quintiliano que “(- -) contra los que defienden a la retórica como “arte de persuadir” hay que decir que también muchas otras cosas persuaden, como el dinero, la belleza, etcétera, y, por lo tanto, no habría que considerar a la persuasión propiedad exclusiva de la retórica; (- -)”.<sup>3</sup>

Lo que preocupaba a este filósofo era el hecho de que se podía utilizar a la retórica con fines e intereses impropios, explica que hay que anteponer a la virtud sobre cualquier forma de convencimiento, dejando entrever que la argumentación debe situarse en parámetros morales más elevados que la simple persuasión.

---

<sup>2</sup> Fassò, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3a. ed., trad. de Lorca Navarrete, José F., Madrid, Pirámide, 1982, p. 101.

<sup>3</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p.95.

#### 4. *Santo Tomás de Aquino*

Uno de los grandes intérpretes de Aristóteles es Santo Tomás de Aquino, quien pudo realizar una clasificación de los argumentos existentes en su época, dotando de mayor sistematicidad al razonamiento.

El primer acto de la razón por medio del cual se llega a conclusiones necesarias es el llamado argumento necesario o analítico, que es el más propio de la ciencia (- -). En el segundo de los procesos aquí señalados es estudiado por la lógica llamada inventiva o tópica, la cual no alcanza nunca argumentos necesarios, sino solo con un limitado grado de certeza o probabilidad.<sup>4</sup>

Es importante esclarecer la diferencia entre estos tipos de argumentos, en el caso de los necesarios a través de su forma silogística se logra la obtención de un resultado o conclusión exacta, pero en los inventivos, no pueden llegar a conclusiones definitivas aunque son de gran utilidad en las ciencias sociales como el Derecho.

## II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1. *Definición*

Comenzaremos por exponer el significado del vocablo argumentar, Jaime Cárdenas Gracia nos expresa que “argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a las premisas de un razonamiento, y hay quien define el argumento como una relación entre premisas y la conclusión”.<sup>5</sup>

Consideramos que argumentar es todo razonamiento humano que inicia por establecer ciertas premisas que desembocan en una conclusión. Lo anterior se justifica por el hecho de que dichas premisas siempre serán

---

<sup>4</sup> *Ibíd*em, p.8 y 9.

<sup>5</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 20 y 21.

argumentos que necesariamente sostendrán una conclusión, por el contrario, sin una base coherente el resultado carecerá de valor argumentativo.

De igual forma proporcionaremos un concepto referente a la argumentación jurídica, de modo que “consiste en exponer argumentos o razones que avalen una posición en cuestiones jurídicas debatidas o dudosas a los fines de que la misma resulte más y mejor justificada y así logre vencer racionalmente a cualquier otra alternativa”.<sup>6</sup>

En esta descripción conceptual de la argumentación jurídica cabe destacar el enfoque destinado a obtener un mejor resultado respecto de los demás razonamientos expuestos, ya sea en contra del oponente e incluso de los expresados por las autoridades públicas, aquí el factor de la justificación es fundamental porque permite aportar mayor fuerza a los argumentos.

Desde la perspectiva de Para Manuel Atienza “la argumentación viene a ser el conjunto de los enunciados (o, quizás mejor, de las entidades) en las que cabe distinguir siempre tres elementos: las premisas (aquello de lo que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están unidas las premisas y la conclusión, la relación que existe entre ambos tipos de entidades)”.<sup>7</sup>

Entendemos bajo esta aportación que toda argumentación invoca a la fórmula del razonamiento silogístico consistente en el paso de las premisas a la conclusión, pero es menester que se dé una conexión casuística que permita conectar ambos elementos, esto solo se podrá lograr a través de la inferencia, en nuestra opinión, tratándose de situaciones constitucionales se deberán valorar otros elementos como los principios normativos.

## 2. Elementos de la argumentación jurídica

### A. Filosofía

---

<sup>6</sup> Vigo, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, ponencia presentada en el I Congreso internacional sobre justicia constitucional y IV Encuentro de derecho procesal constitucional, Cancún, México, consultado el día 01 de septiembre de 2016 en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2725/8.pdf>, p. 30.

<sup>7</sup> Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación, concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 75.

Una de las primeras disciplinas que influyen en la argumentación jurídica es la filosofía, enriquece el razonamiento humano y busca encontrar respuestas a múltiples cuestiones dentro del campo jurídico, así como la de dar explicación a problemas complejos que afectan la realidad jurídica, concibiendo al Derecho como un producto cultural.

En estos términos: “La filosofía del derecho responde, y aquí se encuentra su justificación, a la existencia de preguntas acerca del derecho que la ciencia jurídica no puede contestar, entre otras, de carácter lógico, de tipo epistemológico, metodológico y axiológico, dentro del proceso normal de creación, aplicación, interpretación, funcionamiento y observancia del derecho en una determinada sociedad”.<sup>8</sup>

La filosofía complementa al derecho desde el razonamiento, dotándolo de una apreciación completa más allá del contexto normativo, aportando teorías, corrientes del pensamiento que buscan incursionar en aquellos ámbitos en los que la ciencia no puede acceder, aunado a ello, otorga un carácter más flexible en relación a la percepción del Derecho que tienen los jueces que solo se limitan a la aplicación de las normas jurídicas.

### B. *Dialéctica*

Hablar de este elemento de la argumentación conlleva a explorar una amplia significación del mismo, no obstante para el presente estudio nos adherimos a lo referido por Aristóteles, quien señala que la dialéctica consiste en “razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario”.<sup>9</sup>

Esta definición nos permite acercarnos al ámbito de la argumentación jurídica, en virtud de que todo razonamiento conlleva el requisito de ser probable y demostrable, que a su vez permita recurrir a premisas verdaderas y no equivocadas, en esta tesitura se debe trasponer por delante al conocimiento

---

<sup>8</sup> Silva Cuevas, José, “Visión tridimensional del Derecho”, citado en Camargo González, Ismael (coord.), *La argumentación jurídica, teoría y práctica*, México, Flores, 2012, p. 14.

<sup>9</sup> Aristóteles, *Tratados de Lógica (Órganon) I*, trad. de Candel Sanmartín, Miguel, Madrid, Gredos, 1982, p. 89 y 90.



sobre cualquier postura o ideología para lograr arribar a una verdad aún no concebible.

De acuerdo a su objeto de estudio “la dialéctica no se interesa por la verdad de las premisas (- -), sino sólo de su congruencia con una opinión por lo comúnmente sostenida, es decir, amparada sobre un criterio de autoridad”.<sup>10</sup> Lo cual permitirá precisar si lo que se analiza es parte de lo lógico o razonable.

En este orden de ideas se desprende que el objetivo de la dialéctica es la relación entre el razonamiento y el proceso de obtención de conocimiento nuevo, estableciendo como punto de partida un tema, lugar o tópico específicos, evitando razonar o discutir sobre situaciones que no tienen una relación entre sí.

Por lo tanto, podemos decir que la dialéctica consiste en sí en un diálogo que se presenta entre dos o más individuos cuya finalidad es lograr la obtención de un conocimiento que vaya más allá de las pretensiones de los exponentes y que a su vez permita esclarecer un problema que aún no ha sido resuelto y que necesita ser esclarecido.

En cuanto a su relación con la argumentación jurídica, podemos agregar que es un elemento indispensable que puede ayudar a quien la utiliza para lograr mejores resultados en cuanto a los procesos del pensamientos encaminados a descubrir nuevas verdades, por otra parte, podrá ayudar a quien emplea este método, a conocer mejor sus ideas y evitar caer en errores en cuanto a la calidad de sus razonamientos.

### C. Retórica

En relación a la retórica, presenta dos acepciones, la primera, “en su sentido más amplio, teoría y práctica de la elocuencia, sea hablada o escrita. La retórica hablada es la oratoria. La retórica define las reglas que rigen toda

---

<sup>10</sup> Cañas Quiroz, Roberto, “La dialéctica en la filosofía griega”, *Intersedes: revista de las sedes regionales*, Costa Rica, volumen XI, número 22, sin mes de 2010, p. 52.

composición o discurso en prosa que se propone influir en la opinión o en los sentimientos de la gente y, en tal sentido, es una forma de la propaganda”.<sup>11</sup>

La retórica es el arte de la persuasión, a través de la elocuencia alcanza su mayor exposición, entendida esta última como aquella forma de emitir un mensaje a un oponente o público con la finalidad de convencer que su opinión debe prevalecer sobre las demás existentes.

En la segunda concepción, la retórica presenta una serie de elementos que hay que observar. “En un sentido más estricto, la retórica se ocupa de los principios fundamentales que tienen que ver con la composición y enunciación del discurso oratorio: (- -)”.<sup>12</sup> Estos principios son la *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*, que un poco más adelante se describen.

Esta percepción de la retórica, nos permite distinguir una serie de elementos que integran el discurso, a través de los cuales la expresión de los argumentos será más impactante en quien los escucha, sirven como una guía del como emitir los razonamientos de forma metódica, con la finalidad de acercarse más a su objetivo principal, la persuasión.

El primero de los elementos de la retórica está relacionado con la creación de los argumentos. “La *inventio* consiste en idear o encontrar los argumentos que serán expuestos a lo largo del discurso. Hay que buscar los datos que sean pertinentes al caso y que apoyen la opinión que se busca defender”.<sup>13</sup>

En esta etapa es importante la imaginación del interlocutor para formular de manera correcta aquellos argumentos que expondrá frente a un adversario o ante un auditorio, ya sea por medio de la creación de los mismos o como resultado de una investigación, siempre será oportuno tener un respaldo argumentativo en qué apoyarse.

El segundo elemento consiste en el saber ordenar las ideas que se expondrán. “No sólo es necesario encontrar los argumentos convenientes para

---

<sup>11</sup> Camargo González, Ismael (coord.), *óp. cit.*, p. 10.

<sup>12</sup> *Ídem.*

<sup>13</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p. 47.

el asunto tratado (*inventio*), sino también saber disponerlos en un orden adecuado a lo largo del discurso. En esto consiste la *dispositio*".<sup>14</sup>

Es conveniente saber ordenar los razonamientos que han de ser desarrollados dentro del procedimiento retórico. Cabe destacar que si el orden de los argumentos no se planea o se programa con precisión, éstos podrán perder fuerza dentro del debate, lo que pondría en riesgo la persuasión a la que se quiere llegar. Es necesario desarrollar un plan de presentación apropiado.

Al tercer elemento se le conoce como la elocución que consiste en la manera en que se exponen los razonamientos. "Una vez que se han elegido los argumentos que se van a utilizar, y el orden en que se dispondrá, procede la redacción del discurso. En esto consiste la elocutio, en la elaboración lingüística del discurso".<sup>15</sup>

La elocución refiere al hecho de como expresarse frente al público, acentuando ciertas expresiones lingüísticas que lleven una dirección enfocada a convencer al auditorio, con el objetivo de llamar su atención y hacerlo reflexionar sobre el razonamiento expuesto. También se conoce como la parte en la que se expresan las emociones.

Los últimos dos elementos son la memoria y la acción, mismas que consisten en:

(- -) el orador que tenga que pronunciar su discurso frente a un auditorio sin contar con una buena dicción y pronunciación, ni con un tono adecuado y, además, sin recordar aquello que había escrito en el papel, esta, sin lugar a dudas, destinado al fracaso. Por ello los antiguos recomendaban poner empeño en cierta memorización del discurso (memoria) y en la preparación de la actuación en público (actio).<sup>16</sup>

En la memorización no solo es necesario ser un buen orador, aunado a ello se debe tener muy claro lo que se va a exponer, es conveniente realizar un

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 53.

ejercicio memorístico que nos permita conservar ciertas ideas que integran el discurso, de lo contrario podría existir una falta de claridad en el pensamiento.

En relación a la acción dentro del discurso retórico, entendemos que es la forma en cómo se ejecuta la exposición de los argumentos, una especie de puesta en escena en donde la actuación del orador sería pieza fundamental, es recomendable prepararse con tiempo para estar en posibilidades de desenvolverse mejor frente a un auditorio o a un adversario, esto sin el detrimento de los otros elementos estudiados en líneas precedentes.

#### D. *Ética*

Como ya lo veníamos adelantando con Quintiliano, la virtud debe ser parte de todo juicio retórico, una facultad que no puede dejarse en desuso por quienes practican ésta disciplina, como lo señaló el referido autor, persuadir no es un término que aborde todos los aspectos de la verdadera argumentación, sino que tiene que ser complementado por la virtud.

Por ende, la ética juega un papel fundamental ya que “uno de los fines de la argumentación es persuadir, pero si se atiende sólo este fin, el orador puede valerse de todo tipo de recursos, reprobables o no. (- -) lo que tal disciplina proporcionaría sería el instrumento técnico preciso para posibilitar, en cada caso, la actuación moralmente adecuada”.<sup>17</sup>

La ética se enfoca en la conducta de los participantes dentro del proceso argumentativo, exige un comportamiento moralmente aceptable, evitando el uso reprochable e inaceptable de la persuasión desmesurada, también la ética ayuda a la formulación de los argumentos basados en un contenido justo y con el objetivo de convencer con fundamentos moralmente justificados.

#### E. *Lenguaje jurídico*

El siguiente elemento de la argumentación jurídica que conviene conocer para fines de la investigación es el lenguaje jurídico, el cual consiste en:

---

<sup>17</sup> Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, citado en Camargo González, Ismael (coord.), *óp. cit.*, p. 15.

(- -) lenguaje que usamos para realizar actos tales como los de prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar, atribuir o reconocer derechos, afirmar que alguien tiene o no tiene una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad, imponer derechos y obligaciones, afirmar que algo hecho por alguien es o no es, una transgresión o que merece o no merece un premio o un castigo.<sup>18</sup>

El lenguaje jurídico conlleva todas aquellas relaciones que se dan entre los individuos y que están debidamente reguladas, en ella caben las normas de carácter deóntico, ontológico, lingüístico, entre otras, así como todas las reglas y principios del sistema normativo, no solo en un aspecto literal, sino también en su contenido implícito.

Esto se puede trasladar al campo del derecho constitucional a partir del análisis de la Constitución, leyes, sentencias o jurisprudencia, que contienen una amplia gama de acepciones lingüísticas desconocidas para los abogados, investigadores o juristas, pero que juegan un papel fundamental a la hora de comprender, interpretar y argumentar correctamente.

#### F. *Lógica jurídica*

Respecto al concepto de lógica jurídica traemos a consideración lo estipulado por Norberto Bobbio quien proporciona dos enfoques interesantes:

1) el más tradicional de las investigaciones sobre el razonamiento de los juristas o sobre las llamadas argumentaciones legales, investigaciones que constituyen una parte conspicua, a veces predominante, de la teoría de la interpretación; 2) (- -), de las investigaciones sobre la estructura y sobre la lógica de las proposiciones normativas, de la cual la norma jurídica sería una especie, (- -), bajo el nombre ampliamente aceptado que 'lógica deóntica', (- -).<sup>19</sup>

En el primer significado la lógica jurídica está orientada a estudiar y analizar las formas del pensamiento utilizadas por los juristas, las cuales obedecen a patrones argumentativos que envuelven una estrecha relación con

---

<sup>18</sup> Camargo González, Ismael (coord.), *óp. cit.*, p. 11 y 12.

<sup>19</sup> Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, trad. de Rossi, Alejandro, México, UNAM, 1965, p. 22.

los instrumentos legales, señalando que la interpretación de las normas cobra vital importancia dentro de este contexto.

En la segunda acepción, se desprende un enfoque formal a través de una lógica proposicional que está encaminada al estudio de la configuración de los enunciados normativos o de su estructura lógica. Hace hincapié en el significado deóntico de las leyes referentes a lo que la norma establece como permitido, prohibido, obligatorio o permisivo.

En cuanto al estudio de la argumentación jurídica y con ello, el análisis de los razonamientos expuestos por los juristas existen otras ramas de la lógica jurídica a considerar: “a. los vocablos "lógica jurídica proposicional" significan la sistematización de las condiciones de validez de los enunciados normativos del derecho; y, b. la expresión "lógica jurídica decisional" comprende las condiciones de validez de los raciocinios efectuados por el jurista al momento de decidir, actividad que converge en la hermenéutica jurídica”.<sup>20</sup>

La lógica proposicional es de gran ayuda al momento de analizar los textos jurídicos en razón de que permiten entender con mayor precisión los razonamientos emitidos por los juristas, ya sea en las sentencias o en otro tipo de resoluciones -como los recursos-, permitiendo esclarecer los patrones lógicos empleados, con la finalidad de estimar si dichos razonamientos son correctos.

Como hemos visto, la lógica jurídica establece la relación entre la correcta conformación de los argumentos desde el punto de vista estructural, al contrario de otras concepciones que refieren a ciertos elementos que escapan a los lineamientos lógico-abstractos, en donde se trata que los argumentos sean conformados en función a su validez práctica y de aplicación directa a la realidad.

### *3. Concepciones de la argumentación jurídica*

#### *A. Concepción formal*

---

<sup>20</sup> Rosales Gramajo, Fernando Javier, “Lógica jurídica: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante” consultado el día 08 de septiembre de 2016, en <http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/Logica-Juridica/04.pdf>, p. 108.

Desde el punto de vista formal, se trata sobre un estudio en cuanto a la configuración de los argumentos, exigiendo el respeto por ciertas reglas lógicas. “La concepción formal define al argumento y la argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones. Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales (- -)”.<sup>21</sup>

Su objetivo es el de la adecuada formulación de las composiciones argumentativas, logra a través de reglas lógicas que los razonamientos respeten un mínimo de coherencia al ser elaborados, sin embargo, ésta percepción de la argumentación es insuficiente, solo se limita al aspecto técnico de los argumentos.

Otra característica de esta corriente es la de su aportación a la solución de problemas:

La importancia de resolver problemas formales es que, ejercitarse en la solución de los mismos es un buen entrenamiento para hacer frente a problemas que no son simplemente formales. Es tanto así que en la práctica la necesidad de argumentar proviene de la necesidad de resolver problemas materiales, no estrictamente formales, pero por el conocimiento y pericia que tenemos para trabajar con estos se nos hace más fácil resolver aquellos.<sup>22</sup>

Precisamos que la abstracción a la que se enfoca la concepción formal, permite formular directrices del raciocinio que sirven como base, -más no de solución- para enfrentar situaciones que sin una correcta formulación estructural no llevarían a lograr un adecuado tratamiento de situaciones complejas, que en primer lugar deben tener una correcta conformación.

### *B. Concepción material*

---

<sup>21</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit*, p. 21.

<sup>22</sup> Socorro, Juan Carlos y Cruceta, José Juan (coords.), *Argumentación jurídica*, Republica Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2009, p. 37.

A raíz de las limitaciones que presenta la concepción formal, surge la concepción material que busca conocer y valorar el significado de los argumentos, deduciendo si efectivamente son válidos o no, instituye un juicio de valor sobre los fines que cada argumento persigue, otorgándoles mayor o menor peso, según sea el caso.

En la concepción material: “Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento”.<sup>23</sup>

Se intenta identificar si los argumentos son correctos o incorrectos desde el significado que envuelven, con esto se puede estar en posibilidades de crear una mejor argumentación que permita persuadir de manera justificada, se vuelve necesaria a partir de la obligación de exigir a quienes argumentan una mayor capacidad de raciocinio pero al mismo tiempo en el empleo de los argumentos de manera convincente.

Es preciso expresar la diferencia entre la concepción formal y material, cabe destacar que ambas son trascendentes para la ciencia en estudio, por el hecho de que por separado aportan requisitos que efectivamente pueden condicionar el razonamiento jurídico, sobre todo el vertido en las sentencias emitidas por los jueces constitucionales.

Ante esta aseveración proponemos la siguiente distinción: “La diferencia es que en la concepción material el razonamiento no acaba, como en la formal, en las formas, sino que lo esencial es el contenido. Quien soluciona un problema de corte material tiene que comprometerse con la verdad o la corrección de un contenido o supuesto de hecho determinado, no así en la concepción formal, en la cual basta que la inferencia sea lógica”.<sup>24</sup>

La distinción primordial la encontramos en el análisis que realiza cada una de las concepciones, por un lado la percepción formal aborda situaciones relacionadas con la conformación de los argumentos desde el punto de vista de

---

<sup>23</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit.*, p. 21.

<sup>24</sup> Socorro, Juan Carlos y Cruceta, José Juan (coords.), *óp. cit.*, p. 37.



su estructura, mientras que la material se enfoca en determinar si realmente son idóneos o válidos los argumentos que se analizan.

### *C. Concepción pragmática*

Otro enfoque de la argumentación se identifica con el aspecto práctico, con la manera en cómo se utilizan los argumentos y su desarrollo dentro de un proceso discursivo. “La concepción pragmática o dialéctica considera a la argumentación como interacción lingüística. La argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico”.<sup>25</sup>

Dentro de esta concepción es importante examinar el comportamiento de los participantes, los propósitos que buscan, también la identificación de argumentos correctos, evitando el uso de aquellos que tengan como finalidad confundir al contrincante, se basa principalmente en la conducta de los participantes, establece un vínculo con la ética al exigir reglas de conducta.

Trasladando esta concepción al ámbito jurisdiccional se aprecia que: “El abogado debe convencer al juez de que su tesis y no otra es la verdadera, el juez debe convencer a las partes y aun a la comunidad en general de que su fallo ha sido emitido haciendo un buen análisis del caso, que razones de hecho o de ley son los motivos de su decisión”.<sup>26</sup>

El aspecto práctico desencadena en la conductividad de los operadores jurídicos, quienes deben adaptarse a los comportamientos orientados a justificar sus actuaciones, dentro de las sentencias constitucionales, el juez debe emitir razonamientos adecuados para justificar sus razonamientos ante las partes y ante la sociedad.

### *D. Teoría estándar de la argumentación jurídica*

La teoría estándar tiene una orientación hacia materializar la argumentación jurídica en las resoluciones judiciales, “una característica de esa teoría es que se centra en la justificación de las decisiones llevadas a cabo por

---

<sup>25</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit.*, p. 22.

<sup>26</sup>Socorro, Juan Carlos y Cruceta, José Juan, (coords.), *óp. cit.*, p. 37.

los tribunales de instancias superiores, el arsenal conceptual por ella construido es obviamente aplicable a la argumentación constitucional de carácter judicial”.<sup>27</sup>

La teoría estándar se enfoca en el estudio de los razonamientos empleados en las decisiones judiciales de los tribunales superiores, precisamente en los casos difíciles es donde se puede utilizar con mayor precisión, en virtud de intentar dar respuesta a los asuntos complejos bajo el cumplimiento de los estándares argumentativos vigentes.

La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente, un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable.<sup>28</sup>

En referencia a lo anterior, se intenta extraer del juez una debida actuación procesal que desemboque en una resolución con calidad argumentativa, y propiciar una respuesta correcta y válida del problema que se plantea, esta justificación debe formularse de manera lógica y coherente.

Por esta razón, el juez debe (- -) “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión” (- -), y esa obligación asegura “la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales (- -)”.<sup>29</sup>

El punto medular de la teoría estándar de la argumentación jurídica es desentrañar las razones que han emitido los jueces -en este estudio las de índole constitucional- con el objetivo de combatir esas decisiones que desde su

---

<sup>27</sup> Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, consultado el día 28 de septiembre de 2016 en [http://www3.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf), p. 24.

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Cianciardo, Juan, *et. al.* (coords.), *Filosofía práctica y Derecho, Estudio sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 196.

punto de vista pueden ser consideradas correctas, así como proveer a los juristas de herramientas del conocimiento para mejorar la actividad judicial dentro del sistema jurídico.

#### 4. Clasificación y tipos de argumentos

##### A. Clasificación de los argumentos

Perelman y Olbrechts-Tyteca identifican la clasificación de los argumentos en aquellos de enlace y de disociación. “Entre los de enlace o asociación están los cuasilógicos, basados en la estructura de lo real y los argumentos que fundan la estructura de lo real. Los de disociación se dividen en la pareja apariencia realidad, parejas filosóficas, y las definiciones disociativas”.<sup>30</sup>

Es oportuno señalar que los argumentos de enlace o asociación hacen referencia a la noción de contradicción, en donde situaciones externas influyen en su validez, de identidad, en la cual la definición logra este vínculo de identificación y los de transitividad, que se da en relaciones de solidaridad.

También hace referencia Perelman a: “Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real se sirven de enlaces de sucesión o de coexistencia para establecer una solidaridad entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover”.<sup>31</sup>

En palabras de Perelman y Olbrechts-Tyteca, los enlaces de sucesión consisten en unir a un fenómeno con sus consecuencias o causas, se cita como ejemplo al argumento pragmático, los enlaces de coexistencia manifiesta que se dan entre la asociación de un individuo con sus actos, o de un grupo, el argumento de los precedentes es un buen ejemplo.

En cuanto a los argumentos que fundan la estructura de lo real: “En la argumentación por el ejemplo, el caso particular sirve para permitir una

---

<sup>30</sup> Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, citado en Cárdenas Gracia, Jaime, “Los argumentos jurídicos y las falacias”, consultado el día 13 de septiembre de 2016 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3983/14.pdf>, p. 157.

<sup>31</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 56.

generalización: en las ciencias se tratará de formular una ley general, mientras que en el derecho, la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva (la que se expresa en la ratio decidendi)".<sup>32</sup>

La intención del argumento por el ejemplo consiste en conformar una regla de observación general, de común uso dentro del derecho se hace referencia a la jurisprudencia, misma que fija los criterios aplicables a casos concretos, en relación a la ilustración parafraseando a Atienza, sirve para fortalecer el empleo de un principio o de una norma, en el modelo, invoca al comportamiento una actitud inspira a conductas posteriores.

Para finalizar, encontramos los argumentos de disociación que "se dividen en la pareja apariencia-realidad, parejas filosóficas y las definiciones disociativas".<sup>33</sup> El objeto principal es comprender las causas por las cuales dos elementos son divergentes, existen relaciones irreconciliables, dos cosas no pueden llevarnos a un mismo significado si no se puede comprobar su interconexión.

En palabras de Manuel Atienza, la pareja apariencia-realidad, sirve para distinguir cuando dos enunciados son disociativos en relación a la percepción de la realidad, algo puede parecer real más no lo es, en las de tipo filosófico, la desconexión de significados se da dentro de entes abstractos o relativos, y en definiciones disociativas la relación de incompatibilidad surge en relación a términos lógico-deónticos.

Otra clasificación interesante es la de Stephen Toulmin, menciona que los argumentos están compuestos por cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo, por otra parte, hace hincapié en su confrontación con la lógica formal en razón de considerarla incompleta para abordar las cuestiones jurídicas, dándole un matiz práctico a sus estudios lógicos.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>33</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, "Los argumentos jurídicos y las falacias...", *cit.*, p. 157.

En cuanto a la pretensión, nos señala Toulmin que es el punto de inicio del que todo proponente debe partir y que intenta lograr prevalecer al final del proceso argumentativo, en cuanto a las razones, se entienden como las justificaciones que se otorgan para fortalecer la pretensión, las cuales deben ser prominentes e idóneas.

Por su parte, la garantía -en palabras de Toulmin- para poder aceptar el paso de las pretensiones a las razones expuestas por el proponente se deberá cumplir con la exigencia de otorgar una garantía que consiste en un enunciado que permita respaldar dicha relación, según el autor son reglas que otorgan el paso de unos enunciados a otros, finalmente el respaldo es el lugar de donde proviene la garantía, la fuente que otorga a la garantía mayor efectividad sobre otras propuestas.

Adicionalmente puede existir un factor externo que condicione al argumento, al respecto podemos aducir que “el apoyo suministrado a C puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es, existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que se denomina *condiciones de refutación (refutals)*”.<sup>34</sup>

En la cita inmediata anterior la referencia a la consonante C aduce a lo que conocemos como la pretensión, puede existir una causa de excepción que influya en la fuerza conformadora del argumento, ya sea porque se presente un supuesto de hecho que sea condicionante, o existir una norma que establezca una prohibición o una permisión adicional contraria a lo que se quiere acreditar.

## B. *Tipos de argumentos*

### a. *Argumento a fortiori*

(- -) es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos), hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta obligación de un sujeto que está en estado de

---

<sup>34</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho...”, *cit.*, p. 87.

merecer, con mayor razón que los primeros la calificación normativa que la primera disposición concedida a éstos.<sup>35</sup>

Tiene como característica de que si una ley impone o sanciona una conducta considerada como ilícita, con mayor razón impondrá una medida coaccional a otra conducta que sea todavía peor, si se busca evitar que se produzca una consecuencia derivada de una conducta reprochable, la misma suerte o con mayor fuerza se le aplicará a quien cometa otra conducta de mayores dimensiones.

#### *b. Argumento a contrario*

(- -) este tipo de razonamiento consiste en que, dada una determinada proposición jurídica, en la cual se predica una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto, se debe evitar extender esa calificación normativa a otros sujetos no mencionados expresa y literalmente en la proposición jurídica considerada. Es un argumento basado en la interpretación más estricta de la letra de la ley.<sup>36</sup>

El argumento también denominado como de sentido contrario, tiene como finalidad acotar los efectos de aplicación de una norma jurídica, limitando su grado de aplicación al caso concreto, sin ir más allá en contra de otros sujetos que podrían verse afectados por la disposición jurídica, su interpretación radica en lo concerniente a la jurisdicción y facultades del juzgador.

#### *c. Argumento a simili o por analogía*

(- -) aplicando un argumento por analogía, propio del método de interpretación, que consiste en trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero y, construyendo

---

<sup>35</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p. 115.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 116.

inductivamente, a partir del derecho positivo mexicano, una premisa general que oriente la función integradora.<sup>37</sup>

En el argumento por analogía se busca aplicar un criterio ya establecido con anterioridad a una nueva situación que aún no se ha resuelto, es importante destacar que un par de situaciones análogas no son idénticas, sino presentan una relación simétrica, presentan la característica de una similitud en el fondo o en esencia.

#### d. Argumento de la dirección

Este argumento tiene como objeto llegar a un fin específico, por lo que se emplea bajo una intención orientadora. “El argumento de dirección consiste, esencialmente, en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas: si cede esta vez, usted deberá ceder un poco más la próxima vez, y sabe Dios donde irá a parar”.<sup>38</sup>

Lo que se intenta con el argumento de la dirección es encausar una forma del pensamiento en cierto sentido, a través de la cual se va ganando confianza y convencimiento en quien se aplica, generando como consecuencia que quien lo emplea pueda conseguir la aceptación de quien lo recibe.

#### e. Argumento psicológico o genético

(- -) Entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de la ley, reconstruyendo la intención del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, (- -) permite más especialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones.<sup>39</sup>

Se trata de encontrar lo que el legislador quiso plasmar en la ley, valiéndose de los antecedentes que dieron origen a la norma o cuerpo normativo, estos precedentes pueden consistir en estudiar la exposición de

---

<sup>37</sup> Tesis P./J. 70/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 67.

<sup>38</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p. 117.

<sup>39</sup> Perelman, Chaim, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, citado en Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p. 118.

motivos, los dictámenes camarales o las leyes supletorias que puedan dar cuenta del significado del texto jurídico, con la finalidad de realizar una debida interpretación o escoger la mejor de entre las posibles.

#### *f. Argumento teleológico*

Como lo destaca Perelman “este tipo de argumento “conciene al espíritu y a la finalidad de la ley, (- -) a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley”.<sup>40</sup> En este sentido se puede deducir que lo que se analiza será el contenido de la ley y su interacción con la realidad que busca regular.

Dentro del argumento teleológico podemos encontrar dos factores, el concerniente al espíritu de la ley, que estriba en la esencia del cuerpo normativo, los principios jurídicos que se encuentran inmersos así como su alcance u optimización, y el relativo a su finalidad, la cual como en todo sistema de leyes tiene la orientación de que cumpla con los propósitos para los cuales fue creado.

#### *g. Argumento de trascendencia*

Se puede establecer en cuanto al argumento de trascendencia lo siguiente: “(...) es necesario que el reclamo del recurrente encierre un planteamiento argumentativo de trascendencia (- -), que se trate de un alegato que combata, por ejemplo, el estado de indefensión de los ciudadanos, al abrir la discrecionalidad de la autoridad ante la falta de una respuesta jurídica al caso concreto por tener normas contradictorias”.<sup>41</sup>

De aquí se advierte que el argumento de trascendencia consiste en exponer situaciones que realmente sean determinantes en el fondo del proceso argumentativo, por lo que existen una serie de causas o hechos que son lo suficientemente importantes como para pasarlos por desapercibidos, este argumento encierra un fin que puede ir más allá de lo que se está analizando y que puede influir categóricamente.

#### *h. Argumento por el uso de los precedentes*

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>41</sup> Tesis 1ª. CCCLXIX (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, enero de 2014, p. 1111.



Este argumento lo encontramos con frecuencia en la actividad jurisdiccional, con él se “permite interpretar la ley conforme a los precedentes, esto es, conforme a las decisiones anteriores. También se le ha llegado a llamar “argumento de autoridad” debido, precisamente, a que los ejemplos de precedentes que se citan provienen de un órgano cuya autoridad en la materia no se discute, (...)”.<sup>42</sup>

El argumento de los precedentes se ve reflejado en el empleo de la jurisprudencia, en donde se fijan los criterios a seguir en relación a la interpretación de las normas, de igual forma las sentencias emitidas por la Suprema Corte son aplicables bajo este argumento, donde se respetan los criterios ya establecidos en casos anteriores.

#### *i. Argumento principialista*

La mejor manera de representar este argumento es en base a las tareas que desempeña un Tribunal Constitucional, “1. Un artículo de la CE que se considera que posee un carácter “fundamental”; 2. La consecuencia o deducción de un artículo de la CE; 3. Los rasgos “fundamentales” de una regulación, de una ley o de un sector de la legislación; o 4. Los principios generales del derecho”.<sup>43</sup>

De la exposición que nos proporciona la cita inmediata anterior, el ejemplo se basa en la Constitución española y se hace referencia a las decisiones del Tribunal Constitucional, pero aplicable a nuestro sistema jurídico, donde se nos muestra que los principios constitucionales encierran un argumento superior y que realmente son la fuente de una argumentación.

Se revela el hecho de que el argumento a partir de los principios tendrá una fundamentación fuerte y sólida, siempre que se desprenda de la Constitución, o por el alcance que esta tiene, invocando al fin de la ley suprema, así como los principios de carácter internacional.

---

<sup>42</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, p. 119.

<sup>43</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 48.

#### j. Argumento sistemático

En similitud al método sistemático de donde se estudian las partes y el todo de un sistema determinado advertimos que: “El argumento sistemático en sentido estricto es aquel que para la atribución de significado a una disposición tiene en cuenta el contenido de otras normas o, empleando una expresión usual, su contexto jurídico”.<sup>44</sup>

Toma en cuenta aquellos enunciados jurídicos que presentan una relación proveniente de un cuerpo de leyes, su conjunción es complementaria y su integridad la alcanza cuando la relación normativa se forma a través del complemento entre normas que puede empezar con las de carácter local, general y terminar en una de alcance constitucional.

#### k. Argumento de coherencia

El argumento de coherencia refiere a una conexión lógica del sistema de leyes, en donde una de las reglas principales es la de no contradicción, ya sea en su propio contexto o en relación con otros cuerpos normativos, en este sentido, Ezquiaga Ganuzas expresa que: “Es aquel por el que dos enunciados legales no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas”.<sup>45</sup>

Puede darse el caso en el cual se confronten dos acepciones jurídicas y que necesariamente deberá de prevalecer el contenido de una de ellas, el argumento de la coherencia se utilizaría para combatir este tipo de implicaciones y al mismo tiempo ayuda a decidir al jurista cual criterio adoptar, observando los lineamientos para la resolución de colisiones normativas.

#### l. Argumento *sede materiae*

A continuación damos a conocer que “el argumento sedes materia es aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Se

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>45</sup> Tarello, G., “La nouvelle rhétorique et le droit. L’argument ‘a cohaerentia’ et l’analyse de la pratique des organes judiciales”, citado en Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, óp. cit., p. 77.

considera, por tanto, que la localización topográfica de una disposición proporciona información sobre su contenido”.<sup>46</sup>

En este razonamiento podemos decir que para entender su aplicación es necesario conocer la relación que existe entre una disposición normativa y la materia o disciplina de la que proviene, debemos agregar que existen ramas nuevas del derecho que son técnicas o de conocimientos nuevos, por consiguiente pueden ser confundidas o poco apreciables en el contenido de sus normas, de ahí la relación.

#### *m. Argumento lógico jurídico*

Este argumento lo extraemos de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte, “tesis contradictorias”, entendiéndose por “tesis” el criterio adoptado por el juzgador a través de argumentaciones lógico-jurídicas para justificar su decisión en una controversia, lo que determina que la contradicción de tesis se actualiza cuando dos o más órganos jurisdiccionales terminales adoptan criterios jurídicos discrepantes sobre un mismo punto de derecho, (...)”.<sup>47</sup>

El argumento lógico jurídico se utiliza para explicar la postura del jurista al momento de establecer un significado o postura, de ahí la connotación que establece que es propio de este tipo de argumentación la correcta observancia de las disposiciones lógicas del pensamiento jurídico para justificar las posturas tomadas por el jurista.

#### *n. Argumento pragmático*

Se puede señalar que un argumento pragmático “es un argumento consecuencialista, es decir, un argumento que consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende (- -) a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario (- -) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>47</sup> Tesis P./J. 72/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p.7.

<sup>48</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *óp. cit.*, p. 286.

La característica del argumento pragmático estriba en analizar las consecuencias que pueden llegar a producir la aplicación de ciertas posturas argumentativas, destaca su doble aplicación, la primera en establecer en favor del proponente una serie de resultados positivos, y en el segundo, la que advierte la nocividad de los resultados a los que puede arribar la tesis soportada por el alguien que no fundamente adecuadamente sus razones.

#### ñ. Argumento de autoridad

En referencia a este argumento podemos decir que “consiste en utilizar la opinión de una persona en favor de una tesis propia, pero al no proporcionar más que opiniones esta forma de argumentación obtiene una fuerza mayor o menor en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada”.<sup>49</sup>

En este sentido, permite que un razonamiento sea aceptado por el hecho de provenir de una fuente con poder para determinar cuál criterio sea el más favorable a la situación que se presenta, no solo de una autoridad legal sino también de un texto normativo con fuerza vinculante, en este caso el proveniente de la Constitución o fuente internacional.

#### o. Argumento en materia de hechos

En relación a este argumento podemos decir que “el razonamiento fáctico practicado por el juzgador consiste en un acto de convicción, en una operación intelectual volitiva mediante la cual, ante las versiones presentadas y en comparación analítica con los medios de prueba aportados durante el proceso, se decide qué hechos alegados están suficientemente probados y sobre cuales recaerá la calificación judicial”.<sup>50</sup>

Permite realizar una valoración de los contenidos argumentativos expuestos por los participantes, aunados a los medios de convicción aportados y que son pieza fundamental, lo interesante de este argumento consiste en que permite la conjunción formal del razonamiento con el enfoque práctico que ofrecen los hechos demostrados a través de las pruebas.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>50</sup> Tesis I.4º.A.69 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1682.

### C. Falacias

Así como existen argumentos correctos también existen las denominadas falacias, que son argumentos que a simple vista parecen correctos pero que en realidad no lo son, ya sea por un error en cuanto a las premisas o en relación al significado que encierran, a continuación presentaremos de manera puntual algunos ejemplos.

#### a. De la falsa analogía

Una equivocación muy frecuente es el tratar de otorgar un significado a algo que realmente no lo tiene en relación con otra situación similar. “La falacia de la falsa analogía es un error de forma estructural el cual ocurre cuando los términos analógicos son desplazados de un término análogo a otro”.<sup>51</sup>

Con frecuencia podemos encontrar en las sentencias emitidas por los tribunales la utilización del argumento por analogía, pero producto de una deficiente aplicación de este medio de razonamiento, puede derivar en un gran problema de carácter argumentativo que puede llegar a crear consecuencias irreparables.

#### b. De la equivocación

El siguiente razonamiento presenta una fisura desde su inicio. “La falacia de la equivocación ocurre cuando un término es usado en dos o más sentidos sin un argumento específico, de manera que una conclusión parece seguir cuando de hecho no lo hace”.<sup>52</sup>

Cuando se incurre en esta falacia en muchos casos se es inconsciente del verdadero daño que conlleva, se formula una creencia errónea sobre la acepción argumental, aunque se trate de adecuar a una realidad en función de otorgarle un criterio que parezca válido, por si sólo este argumento jamás cambiará el verdadero contenido esencial de la verdad.

#### c. Petición de principio

---

<sup>51</sup> Hackett Fischer, David, *Historian's fallacies, toward a logic of historical thought*, United States of America, Harper perennial press, 1970, p. 251.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 274.

La falta de voluntad para profundizar en el análisis de un determinado problema puede dar lugar a la invocación de ésta falacia. “Esta línea de ‘razonamiento’ es falaz porque asumir que la conclusión de una premisa es veraz (directa o indirectamente) no constituye evidencia para tal conclusión. Obviamente, asumir directamente que una afirmación es verdadera no sirve como evidencia para tal información”.<sup>53</sup>

Puede llevar a sesgar a quien lo utiliza en la apreciación del problema como tal, de suerte que desde el primer momento ya se está prejuzgando una situación que aún no se ha desarrollado, contraponiéndose con el principio de imparcialidad, de razonabilidad y de objetividad en razón que ya se tiene el enfoque de cómo debe de ser resuelto cierto problema.

#### d. Ad consequentiam

Concebida como un tipo de razonamiento pragmático desacertado que hace referencia a los resultados a los que arriba: “La falacia del argumento ad consequentiam es un intento para aprobar o desaprobar un argumento razonado por referencia a las consecuencias las cuales fluyen de su aceptación o rechazo”.<sup>54</sup>

Esta falacia puede entenderse como la desaprobación que se funda en relación a las repercusiones a las que puede arribar un argumento expuesto en el entendido de ser aceptado, lo cual es incorrecto porque aún no ha acontecido tal suceso y ya se está limitando su finalidad, sin dar paso a la comprobación y demostración.

#### e. Relativista

De manera inconforme se puede presentar el hecho de que un individuo no acepte un contenido argumentativo por considerarlo que no logra persuadir su convicción respecto a un criterio determinado, “la falacia relativista se

---

<sup>53</sup> LaBossiere, Michael C., “Cuarenta y dos falacias”, 2ª. ed., trad. de Newsted, Alex, consultado el día 16 de septiembre de 2016 en <http://blog.talkingphilosophy.com/wp-content/uploads/2015/08/42-Falacias.pdf>, p. 44.

<sup>54</sup> Hackett Fischer, David, *óp. cit.*, p. 300 y 301.

comete cuando una persona rechaza una afirmación argumentando que la afirmación puede ser verdad para unos, pero no lo es para él”.<sup>55</sup>

Esta posición produce un estado de cerrazón o impermeabilidad en quien la invoca, en donde es difícil que un argumento válido produzca influencia, provocando una lucha argumentativa de amplio desgaste hasta poder acreditar con argumentos adicionales que la relatividad que se invoca no es correcta.

#### *f. Ad baculum*

De gran retroceso en el campo de la argumentación jurídica, por el hecho de que puede dejar de lado cualquier forma de razonamiento válido. “La falacia del argumento ad baculum (literalmente, a una gran vara) es una apelación a la fuerza física, real o implícita, a fin de mantener un argumento”.<sup>56</sup>

El problema de esta falacia consiste en olvidarse por completo del desarrollo de una argumentación equitativa, condicionando cualquier forma del razonamiento jurídico, generando a través de la opresión, temor y prepotencia, arribar a la imposición condicional de una postura por parte de quien la emplea, que en muchos de los casos los fines son reprochables.

#### *g. Causa cuestionable*

Esta falacia busca limitar el argumento por existir un error en su formulación. “un error de razonamiento induce a concluir que una cosa causa otra porque las dos se relacionan de forma regular. (- -), se comete esta falacia cuando se concluye que A es la causa de B porque se asocian de forma regular. El error se comete cuando se llega a una conclusión sin evidencia suficiente”.<sup>57</sup>

Se ataca al argumento poniéndolo en duda por haber mostrado una deficiencia en su estructura o en su contenido, aunque esta carencia no sea trascendente al fondo del mismo, el proponente de dicha falacia tratará de

---

<sup>55</sup> LaBossiere, Michael C., *óp. cit.*, p. 85.

<sup>56</sup> Hackett Fischer, David, *óp. cit.*, p. 294.

<sup>57</sup> LaBossiere, Michael C., *óp. cit.*, p. 82.

magnificarlo hasta el grado de relacionarlo con el contenido total y aparentar que es irreconciliable en su conformación.

### III. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

#### 1. *Definición*

Empezaremos por aportar una definición de sentencia constitucional, “es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone termino a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política, (- -) su formulación ha de ir precedida de una compleja operación mental en la que intervienen la sensibilidad, la inteligencia y la cultura del juez”.<sup>58</sup>

Es toda decisión judicial emitida con el objetivo de solucionar problemas trascendentes dentro del sistema jurídico de un país, así como la correcta interpretación de los principios y normas que surgen de la ley fundamental, los efectos de dichas resoluciones generan un cambio social, jurídico y político dentro del país del que forman parte.

A su vez estas sentencias se reflejan por los medios de control constitucional. “En virtud de los diversos mecanismos procesales existentes en nuestro país en la actualidad, se puede hablar de un sistema mixto, que contiene instrumentos de control concentrado, como las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales e instrumentos de control difuso, como el amparo”.<sup>59</sup>

El presente trabajo se enfoca en las sentencias que provienen de las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y del juicio de amparo, así como las contradicciones de tesis que conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales son las que presentan, mayor demanda.

---

<sup>58</sup> Palomino Manchego, José F., “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional de Perú”, consultado el día 19 de septiembre de 2016 en <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/28.pdf>, p. 704 y 705.

<sup>59</sup> García Becerra, José Antonio, *Los medios de control constitucional en México*, México, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Supremo Tribunal de Justicia, 2001, p. 37 y 38.



## *2. Medios de control constitucional*

Los medios de control constitucional son aquellos mecanismos a través de los cuales se busca salvaguardar los contenidos constitucionales, así como los derechos fundamentales, estos son ejercidos a través de la acción de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo.

### *A. Controversias Constitucionales*

En relación a este mecanismo de control podemos establecer que: “Nacidas de la reforma de diciembre de 1994, las controversias constitucionales plantean la posibilidad de que un órgano determinado pueda demandar a otro a causa de una supuesta invasión de competencias”.<sup>60</sup> Por lo que está enfocado a dirimir conflictos de facultades entre órganos públicos.

Su fundamento legal lo encontramos en la fracción I del artículo 105 constitucional que establece la facultad concebida a la Suprema Corte de Justicia para conocer del conflicto de atribuciones entre la Federación, los Estados, los municipios, los poderes de la Unión, los poderes de los Estados y en cualquiera de éstas combinaciones.

Otro aspecto esencial está relacionado con la delimitación de competencias. “Muy importante es señalar que las controversias constitucionales fueron diseñadas como mecanismos para dirimir conflictos entre órganos del Estado. (- -), es posible que órganos de un mismo ámbito competencial puedan echar mano de este instrumento de control constitucional y exigir que su esfera de competencia sea respetada”.<sup>61</sup>

Las sentencias emanadas de la controversia constitucional tienen por objeto fijar la relación entre los órganos públicos a través del reconocimiento y respeto de las facultades que les atribuye la Constitución, este medio de control es de gran trascendencia en la justicia constitucional de nuestro país.

### *B. Acciones de inconstitucionalidad*

---

<sup>60</sup> Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Porrúa, 2006, p. 194.

<sup>61</sup> *Ídem*.

Traemos a consideración el siguiente concepto de acción de inconstitucionalidad, “son procedimientos planteados, (- -) en los cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por otra, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o del tratado impugnados, para hacer prevalecer los mandatos constitucionales”.<sup>62</sup>

El fundamento legal de la acción de inconstitucional lo encontramos en la fracción II del artículo 105 constitucional, este medio de control tiene por objeto la expulsión del sistema jurídico de toda norma, que sea contraria al contenido de la Constitución y que su aplicación puede afectar desde un individuo hasta la sociedad en general.

Es un mecanismo que permite la inaplicación de toda aquella ley, enunciado normativo o tratado internacional que transgreda cualquiera de los principios o de las normas de esencia constitucional, declarando la invalidez de los mencionados instrumentos normativos dentro del sistema jurídico.

### *C. Juicio de Amparo*

En cuanto a su definición traemos al análisis lo expuesto por Carlos David Armenta Montaña, la cual nos revela de manera sintetizada pero precisa que: “(- -) es un medio de control constitucional para proteger a los gobernados cuando las autoridades actúen fuera de su competencia y violen las garantías individuales, ya sea a través de un acto o por una ley”.<sup>63</sup>

Considerado como el medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales y colectivos, encuentra su fundamento en los artículos 103 y 107 constitucionales, nos enfocaremos en los ejercidos bajo la facultad de atracción por ser considerados como juicios no ordinarios en los que se pueden ver envueltos principios normativos.

---

<sup>62</sup> Castro, Juventino V., “El artículo 105 constitucional, México”, citado en García Becerra José Antonio, *óp. cit.*, p. 74.

<sup>63</sup> Armienta Hernández, Gonzalo, Camargo González, Ismael y Esquivel Leyva, Manuel de Jesús (coords.), *Tribunales constitucionales*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2011, p. 141 y 142.

Cabe mencionar que la finalidad del amparo como medio de control constitucional es la de limitar el poder que ejercen las autoridades gubernamentales, así como la de evitar la vulneración de los derechos consagrados dentro de la Constitución, sean individuales o colectivos, exige la debida actuación de los entes públicos y su alineamiento constitucional.

### 3. *Clasificación de las sentencias constitucionales*

#### A. *Sentencias estimatorias y desestimatorias*

Comenzaremos por establecer una definición, “(- -) las sentencias que resuelven de manera definitiva la controversia, y que pueden ser estimatorias, cuando le dan la razón al demandante o al ministerio público en el proceso penal, desestimatorias o absolutorias, en el supuesto que consideren infundadas las pretensiones del actor o del ministerio público, (- -)”.<sup>64</sup>

Pueden ser estimatorias, cuando consideran que se acredita el razonamiento del promovente, causando efectos de protección, declaratorios de invalidez normativa o de reconocimiento de facultades públicas, en caso contrario, las de sentido desestimatorio, no producen estos efectos.

También están las de carácter mixto las cuales conceden en parte la asistencia de la justicia de la Nación, aquí se deberá advertir el alcance de la sentencia para saber hasta dónde se puede gozar del beneficio de la protección, o en su caso cuales serán las limitaciones que se tendrán que respetarse y cumplirse.

#### B. *Sentencias definitivas y firmes*

Siguiendo con la clasificación, “(- -) las sentencias pueden dividirse en definitivas, cuando admiten un medio de impugnación ordinario o extraordinario, y firmes cuando no se combaten en el plazo legal, o bien

---

<sup>64</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Las sentencias de los Tribunales constitucionales*, Perú, Adrus, 2009, p. 24.

cuando son pronunciadas en última instancia, (- -), salvo los casos excepcionales (- -), que la doctrina califica como recurso de revisión, (- -)".<sup>65</sup>

En las sentencias definitivas, el promovente puede presentar un recurso adicional para combatir el fallo, caso contrario en relación a las sentencias firmes, en donde ha causado ejecutoria la sentencia y no existe ésta posibilidad, en lo referente al recurso de revisión solo en los casos en los que se advierta una causa que pueda influir en la validez de la sentencia, se podrá invocar.

### C. *Sentencias manipulativas*

Este tipo de sentencia trata de coadyuvar con la legislación para evitar su expulsión del sistema jurídico. "El principal argumento que las justifica, es el principio de seguridad jurídica. Es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser "manipulada" puede ser entendida conforme a la Constitución".<sup>66</sup>

Aquí la intención del juzgador es la de manejar los preceptos jurídicos de forma en que no se vea afectada la legislación por una causa de inconstitucionalidad, por lo que a través de una interpretación conforme a la Constitución se puede soslayar cualquier discrepancia, siempre y cuando sea razonable, en caso contrario no se podrá elaborar ninguna adecuación.

De igual forma, las sentencias manipulativas tienen una clasificación interna, aunque con distintas connotaciones, todas tienen en común el poder reconciliar lo expuesto en el texto normativo con la norma fundamental. A continuación analizaremos brevemente en qué consisten cada una de ellas.

#### a. *Sentencias sustitutivas*

Estas sentencias vienen a reemplazar una parte de la significación normativa con el objetivo de otorgar un esclarecimiento adecuado. "En este tipo de sentencias, se sustituye una interpretación plausible, pero inconstitucional,

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 24 y 25.

<sup>66</sup> Palomino Manchego, José F., *óp. cit.*, p. 706.

del precepto legal impugnado por otra que no se deduce del mismo, pero que es acorde con la Constitución”.<sup>67</sup>

La intención es la de modificar una posible interpretación que contiene la posibilidad de derivar en la inconstitucionalidad de una ley, con la finalidad de que no se contraponga a los requerimientos constitucionales, lo que consideramos inconveniente en ciertos casos, por el hecho de que no se pueden realizar adaptaciones interpretativas con el objeto de preservar una norma que pueda provocar una afectación.

#### *b. Sentencias reductoras*

Las sentencias reductoras están enfocadas a limitar la comprensión del contenido normativo, pudiendo adecuarse al texto constitucional. “En éstas, se hace una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto impugnado a fin de conformarlo con la Constitución”.<sup>68</sup>

Este método de interpretación no es admisible en todos los casos, comprendemos que el objetivo del juzgador es el de conservar una disposición normativa y así evitar que sea expulsada del ordenamiento jurídico, no obstante, cuando una norma se combate por un vicio de inconstitucionalidad, es obligación verificar si efectivamente es o no inconstitucional.

#### *c. Sentencias aditivas*

Las sentencias aditivas entre otras funciones tienen la de aportar elementos que no han sido contemplados a primera vista. “(- -) parten de la base de una interpretación extensiva, con la finalidad de que la regla sea aplicable a mayor número de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal”.<sup>69</sup>

Con la finalidad de que mayores situaciones sean reguladas de forma adecuada por los criterios emitidos por los juristas, es adecuada la elaboración

---

<sup>67</sup> Flores Cruz, Jaime, “Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional”, consultado el día 21 de septiembre de 2016 en [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios\\_002.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf), p.45.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>69</sup> *Ídem*.

de este tipo de resoluciones, solo habría que puntualizar que cuando se formula una revisión extensa de un precepto constitucional o de una sentencia, debe realizarse de forma objetiva.

#### D. *Sentencias interpretativas*

Enseguida comentaremos lo relacionado con este tipo de sentencias, “las decisiones interpretativas tienen su fundamento general en el principio de conservación de la ley y su necesaria interpretación conforme con la Carta Fundamental y como característica esencial común el entender qué parte del contenido normativo de la disposición legislativa impugnada es inconstitucional sin que dicha inconstitucionalidad afecte a la disposición combatida”.<sup>70</sup>

El objetivo de esta sentencia consiste en deducir la preservación de las normas con el objetivo de conservarlas en el ordenamiento jurídico, así como la de realizar una interpretación de acuerdo al contenido constitucional, por último una norma inconstitucional debe ser erradicada sin que afecte a los demás enunciados normativos del cuerpo de leyes proveniente.

##### a. Sentencias de estimación y de rechazo

La siguiente distinción de Héctor Fix-Zamudio nos muestra que dichas sentencias son:

(- -) de estimación, cuando consideran que las normas expresas o implícitas que se derivan del texto legislativo combatido, son inconstitucionales ya que ninguna de las interpretaciones posibles puede armonizar dicha disposición (- -); de rechazo, en cuanto dicha interpretación tiene como resultado que la norma o normas derivadas del texto conducen a la conclusión de que son compatibles con la Constitución.<sup>71</sup>

En relación con las sentencias de estimación se encargan de declarar la invalidez de la norma señalada como inconstitucional, después de un estudio exhaustivo se determina que no puede ser salvaguardada por ningún medio

---

<sup>70</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *óp. cit.*, p. 41.

<sup>71</sup> *Ídem.*

interpretativo, en cuanto a las de rechazo, aduce al hecho de la compatibilidad con la norma fundamental de aquella disposición normativa, permaneciendo dentro del ordenamiento jurídico.

#### 4. *Interpretación jurídica*

La interpretación jurídica es la encargada de establecer el significado de las normas, en el campo del derecho constitucional genera una orientación de aquellos principios que se encuentran en las resoluciones, orientando la decisión final que producirá consecuencias jurídicas, su argumentación debe ser un requisito incuestionable para su debida justificación.

Por consiguiente, la argumentación es un elemento que tiene por objeto dotarla de mayor calidad. “El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, (- -)”.<sup>72</sup>

##### *A. Interpretación jurídica e interpretación constitucional*

La diferencia entre la interpretación jurídica y la constitucional se identifica en razón de la materia de estudio, la primera analiza los elementos y los métodos de estudio aplicables a todas las ramas del Derecho, la segunda utiliza estos medios enfocados a las reglas y principios contenidos en la Constitución.

Consecuentemente se puede apreciar que “como la norma constitucional posee especiales características derivadas de su materia, su carácter de suprema, del órgano que las crea y modifica y de su rigidez, existen aspectos peculiares en la interpretación de la norma constitucional”.<sup>73</sup>

Dentro de estas características especiales existen la justificación y la motivación, en el caso de la primera esta debe cumplir con los requerimientos argumentales para considerar correcta una postura, en el caso de la segunda

---

<sup>72</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012, p. 58.

<sup>73</sup> Flores Cruz, Jaime, *óp. cit.*, p. 30.

deberá explicarse con claridad el porqué de la aplicación de una norma o criterio jurisprudencial.

### *B. Funciones de la interpretación constitucional*

A continuación expondremos las funciones de la interpretación jurídica enfocadas al ámbito constitucional, en base a las actividades interpretativas comprenderemos su orientación y lugar en la argumentación.

#### *a. De orientación*

Este tipo de interpretación constitucional “(- -) permite a los órganos aplicadores de las normas constitucionales y, a su vez, a los destinatarios de tales normas, encauzar sus actos de acuerdo con lo establecido por la Constitución”.<sup>74</sup>

Se puede deducir que tiene por objeto la adecuación de los destinatarios de la norma al contenido constitucional, fijando los criterios a respetar por parte de los órganos jurisdiccionales, mismos que son definidos por la Suprema Corte en el caso de nuestro sistema jurídico.

#### *b. De actualización*

Dentro de la actualización se puede argüir que “se lleva a cabo cuando la interpretación constitucional es utilizada para adecuar el texto constitucional a las nuevas situaciones que el ritmo de la vida social va ofreciendo, y que en ocasiones derivan en un distanciamiento con lo que la Constitución establece”.<sup>75</sup>

Esta característica de adecuación a la realidad cambiante percibe dos significaciones, primero la regulación de los fenómenos dentro de un contexto social determinado, y segundo, la adecuación de las normas provenientes de la Constitución a los principios fundamentales con el objetivo de no desalinearse del sistema normativo.

#### *c. De control*

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 121 y 122.



Por último, podemos agregar que “es la más difundida y la que mejor se puede apreciar en el juez constitucional, sobre todo porque en la actualidad el modelo más ampliamente aceptado de control constitucional es aquel que confía a los jueces dicha actividad”.<sup>76</sup>

Es la interpretación enfocada a cuidar el respeto y cumplimiento de la Constitución, enfocada a preservar una vigilancia auténtica tratará de hacer predominar la constitucionalidad sobre cualquier acto público, contenido normativo o situación que pueda poner en riesgo la capacidad reguladora del texto fundamental.

### *C. Diferentes tipos de interpretación constitucional*

En seguida pasaremos a identificar los tipos de interpretación que influyen dentro de las sentencias constitucionales, por consiguiente queremos destacar la interpretación conforme, la auténtica y la doctrinal, puesto que cada una de las mencionadas puede encontrarse inmersas dentro de las resoluciones pronunciadas por nuestro máximo tribunal.

#### *a. Interpretación conforme*

La interpretación conforme “significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por lo tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, (- -)”.<sup>77</sup>

Se intenta realizar la adecuación del contenido normativo a lo que establece el texto constitucional, con la finalidad de evitar la expulsión del sistema de leyes aquellas normas que por su contenido puedan generar una interpretación que ponga en duda su validez, tratando de lograr la armonización entre ley y Constitución.

#### *b. Interpretación auténtica*

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>77</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *óp. cit.*, p. 31.

En relación a esclarecer el sentido normativo: “La interpretación auténtica, por tanto, no deroga ni modifica la norma que interpreta, sino que simplemente establece su sentido con miras a su aplicación o individualización. (- -) es un paso intermedio en el cual el legislador explicita el sentido de la misma disposición que emitió dirigida a los órganos encargados de aplicarla”.<sup>78</sup>

Determina el significado real de la norma con el objetivo de establecer su alcance y ámbito de actuación dejando de lado cualquier interpretación adicional que se pudiera formular, en otras palabras, es el paso por el cual se ratifica el significado del enunciado normativo frente a los supuestos en los que puede verse involucrada.

#### *D. Interpretación y argumentación*

Hablar de interpretación y de argumentación nos obliga a formular la relación y la distinción que existe entre ellas, de tal suerte que mientras que la interpretación se enfoca en desglosar el significado de la norma o de los principios, la argumentación respalda dicha interpretación, complementándola con elementos lógicos, metodológicos y jurídicos.

Cabe mencionar la conexión que existe entre ambas, “son dos actos intelectuales distintos, si bien se relacionan íntimamente, pues bien puede existir una interpretación que no se use para dar una razón o un argumento que esté orientado a la defensa de una tesis determinada”.<sup>79</sup>

El vínculo que se desprende de la relación entre argumentación e interpretación se identifica en razón de que para poder interpretar correctamente alguna ley, enunciado jurídico o un principio es necesario que la argumentación la respalde, de igual forma la interpretación orientada a la resolución de casos complejos deberá pasar el filtro de calidad que exige la argumentación jurídica.

Estableciendo la relación y la diferencia entre interpretación y argumentación se puede concluir el papel que desempeñan dentro de la

---

<sup>78</sup> Flores Cruz, Jaime, *óp. cit.*, p. 34.

<sup>79</sup> Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, sexta edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 266.

materia constitucional. “En conclusión, interpretar es, en sentido amplio, atribuir un significado a un determinado enunciado; en cambio, argumentar es dar una o varias razones a fin de sostener una tesis u opinión”.<sup>80</sup>

Cabe destacar el papel que actualmente juega la argumentación en las decisiones judiciales, se expresa como un requerimiento exigido al jurista para dar cuenta de los razonamientos contenidos en el fallo, rompiendo la percepción de que la interpretación opere bajo métodos clásicos como el gramatical, exegético, genético y da paso a una nueva operatividad interpretativa.

##### 5. *Fundamentación y motivación*

La fundamentación y la motivación son principios que pueden ser localizados en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna, en relación a la justicia constitucional se deben respetar con mayor cabalidad, por ser ésta instancia la que decide sobre situaciones controversiales y de interés público.

Al respecto el artículo 14 constitucional establece que:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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.

Consecuentemente en el artículo 16, párrafo primero de la Constitución, advertimos que: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio,

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 267.

papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En esta tesitura tenemos la posibilidad de establecer que toda sentencia, deberá cumplir con el debido apego a la ley pero al mismo tiempo resalta el hecho de motivar debidamente a través de razonamientos válidos las causas por las cuales se actúa de tal o cual forma.

Al fundamentar la Suprema Corte deberá indicar las razones del porqué aplica determinada ley o principio, en cuanto a la motivación el juez constitucional explicará la postura por la cual decide en favor o en contra, teniendo en cuenta que sus razones deben contener un alcance persuasivo.

Resulta interesante lo señalado por nuestro máximo Tribunal en la siguiente tesis jurisprudencial enfocada a las sentencias de los órganos jurisdiccionales: “la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, (- -), apoyándose en el o los preceptos jurídicos que permiten expedirla (- -), así como en la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración (- -)”.<sup>81</sup>

El examen de los puntos controversiales por medio de la motivación deberán ser respaldados conforme a las leyes o los principios que sean aplicables y que guarden un vínculo estrecho con las circunstancias, en este rubro la actividad o postura del jurista se verá mayormente fortalecida si se desarrolla bajo los lineamientos que la argumentación jurídica provee.

## 6. *Justificación interna y externa*

En principio conoceremos lo relativo a la justificación interna, que aunque no sea el único referente para decidir el caso difícil, ayuda de forma categórica a emplear un mecanismo razonable al juzgador para expresar su decisión final, auxiliándolo a llevar un procedimiento lógico y coherente.

---

<sup>81</sup> Tesis 1ª./J. 139/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, p. 163.

Paolo Comanducci quien hace referencia a Wroblewski nos muestra que este tipo de razonamiento consistente en “la elección de una norma jurídica válida; la decisión acerca de los hechos; la subsunción del caso concreto en el caso abstracto previsto por la norma anteriormente elegida y la decisión de qué consecuencias, entre las indicadas por la norma, van a ser aplicadas al caso específico”.<sup>82</sup>

En lo concerniente al contenido de la justificación interna, el primer paso consiste en identificar dentro del ordenamiento jurídico la norma aplicable, en segundo término fijar la litis o el problema central de los hechos, en el tercer punto un ejercicio en donde se concatenan los hechos con la norma jurídica y por último, la valoración de todos los elementos para fijar una postura final.

Lo contrario ocurre con la justificación externa que no puede reducirse a una operación deductiva. Wroblewski nos expone que existen factores que son determinantes y que escapan a la lógica formal con la que se conforma la justificación interna, es aquí donde el rol de la argumentación jurídica cobra importancia.

Manuel Atienza quien cita a Wroblewski explica en qué consisten cada una de éstas justificaciones de forma sintetizada. “(...) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, justificación interna. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, justificación externa”.<sup>83</sup>

Aducimos que la justificación interna es la que realiza el juez en su propia convicción y que está enfocada a resguardar las formulaciones lingüísticas y los razonamientos desde el punto de vista de una lógica formal, en cambio la justificación externa, está encaminada a tomar en consideración factores de la realidad, razonamientos no formales o principios normativos.

Para Manuel Atienza los requerimientos de la justificación externa pueden ser factor determinante en una sentencia complicada. “La justificación

---

<sup>82</sup> Comanducci, Paolo, trad. de Larrañaga, Paolo, *El razonamiento jurídico, Elementos para un modelo*, México, Fontanar, 2004, p.80.

<sup>83</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho...”, *cit.*, p. 26.

interna es tan solo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”.<sup>84</sup>

### 7. La ponderación

La ponderación es un juicio de valoración que decide sobre el peso de cada uno de los principios constitucionales que entran en confrontación, en donde la argumentación jurídica juega un papel trascendental que exige decidir en base a criterios razonables.

La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto.<sup>85</sup>

Propio de la justicia constitucional encuentra su importancia al representar una vía de solución en los casos difíciles, en donde la problemática se manifiesta a nivel supra normativo, estamos en presencia de principios abstractos que pueden presentar más de una interpretación o varias respuestas concretas al caso en particularidad.

Pasemos a estudiar la subdivisión del principio de proporcionalidad del cual forma parte la ponderación. “Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. (...) En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas”.<sup>86</sup>

Dentro del criterio de idoneidad se intenta encontrar la adecuación de los principios para estimar que tan viable resulta su aplicación, respecto a la necesidad, se enfoca en decidir el porqué de su obligatoriedad y la justificación

---

<sup>84</sup> *Ídem*.

<sup>85</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, P. 1 Y 2.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 2.

basada en no dejar de aplicarlos, para formular un adecuado estudio argumentativo que lleve a entender la decisión tomada por el jurista.

Referente a la proporcionalidad del peso de cada principio Robert Alexy aporta una escala de valoración. “La escala tríadica plantea tres rangos que se expresan con los conceptos de leve, medio y grave, para designar así los grados en los cuales juega la dimensión del peso en la escala de rangos para la fundamentación y argumentación de los principios”.<sup>87</sup>

El objeto de la escala es el de realizar una medición pormenorizada donde los principios puedan ser determinables en razón a su influencia en el caso en estudio, de ahí se tomará la referencia que permita fijar la postura del juez, respaldando su justificación en una argumentación correcta que estime los pro y contra de cada una de las alternativas posibles.

En resumen, parafraseando a Robert Alexy manifestamos que la ponderación es un juicio de valor de peso que se deduce de la confrontación que surge entre dos o más principios normativos dentro de un caso controversial, de donde su debida optimización será pieza clave para la pronunciación final que emita por un juez constitucional en la resolución correspondiente.

#### IV. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

##### 1. *¿Qué es la argumentación constitucional?*

La argumentación constitucional surge en base al cambio de paradigma en el pensamiento humano, específicamente con el paso del Estado de Derecho al de Estado Constitucional, la potencialización de los principios fundamentales y la proliferación de las Cortes Supremas crean una nueva visión dentro de la argumentación, y con ella una nueva forma de abordar la ciencia jurídica.

La protección de los principios constitucionales se convierte en una prioridad para todo sistema jurídico. “El Derecho se constitucionaliza y así en él

---

<sup>87</sup> Bechara Llanos, Abraham Zamir, *La ponderación y los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Libre Sede Cartagena, 2011, p. 40.

operan principios, valores o derechos humanos, encomendándosele a los jueces para que garanticen que en sus respectivas sociedades se los tomen en “serio”, haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes”.<sup>88</sup>

Con la incorporación de los principios, se genera una forma de desarrollo del Derecho en donde es imperativo dar explicaciones convincentes, en el caso de la justicia constitucional al mismo tiempo se deberán analizar las consecuencias y el impacto de las resoluciones dado que provocan un cambio en el sistema jurídico.

Una característica especial de la argumentación constitucional se puede identificar en razón a su jerarquización, “el rasgo central distintivo de ella reside en la apelación a argumentos o razones tomados de la Constitución, por supuesto asumida ésta en un sentido mucho más amplio que el mero texto constitucional”.<sup>89</sup>

De acuerdo a su objeto de estudio la argumentación constitucional obedece a la Constitución que necesita un análisis diferente, completo y correcto, en donde se puedan encontrar y desarrollar elementos que provean de una mejor forma de entendimiento y aprovechamiento, también los instrumentos internacionales deben ser analizados armónicamente para generar una relación adecuada con el texto supremo.

En razón de su contenido “(- -) la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación a partir de principios (- -). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de como determinar el peso de las diversas razones en presencia”.<sup>90</sup>

La ponderación puede ayudar a poner sobre la balanza los dos o más principios en disputa, tomando en cuenta otros factores que influyen como las

---

<sup>88</sup> Vigo, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, consultado el día 23 de septiembre de 2016 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/8.pdf>, p. 28.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>90</sup> Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, consultado el día 25 de septiembre de 2016 en [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Argumentacion\\_y\\_constitucion\\_manuel\\_atienza.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Argumentacion_y_constitucion_manuel_atienza.pdf), p. 50.



pruebas o las consecuencias en la aplicación de cada uno de ellos, de donde se podrá deducir cual deberá prevalecer, al mismo tiempo es imperativo agotar todas las alternativas posibles.

Al advertir todo lo hasta aquí expresado debemos aportar un concepto aunque sea corto de lo que significa esta disciplina del Derecho, así tenemos que agregar que “la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución”.<sup>91</sup>

Para finalizar, proponemos un concepto de argumentación constitucional, la cual consiste en el estudio de los razonamientos emitidos por los jueces constitucionales dentro de las sentencias de orden jerárquico, con el objeto de realizar una debida interpretación de las normas y los principios, así como su aplicación, con la finalidad de resolver correctamente los casos de trascendencia para el sistema jurídico.

## *2. Características de la argumentación constitucional*

Para determinar lo que caracteriza a la argumentación constitucional de los demás tipos de argumentaciones debemos estudiarla desde diferentes enfoques, para el presente estudio nos identificamos con lo expresado por Rodolfo L. Vigo, quien advierte que consiste en el objeto, en los sujetos, en el modo de operarla y por los efectos que produce.

En primer término analizaremos lo correspondiente al objeto que estudia, por lo que “la Constitución si bien es Derecho su contenido lo desborda hasta contener el ethos de esa sociedad en la que se rige (Nino, Dworkin), pero, además, su especificidad viene ligada también por su autor, su estructura y pretensión de permanencia”.<sup>92</sup>

Debemos entender que toda Constitución tiene como finalidad cumplir con una forma de convivencia en la cual todos los grupos sociales se vean beneficiados, de igual manera debe atender a la voluntad del creador del texto jurídico, su conformación y su prevalencia en el contexto social.

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>92</sup> Vigo, Rodolfo L., *óp. cit.*, p.55.

En referencia a la relación que guarda con los sujetos a la que va dirigida, “ésta es una diferencia contingente en tanto hay sistemas que le encomienda a ciertos jueces especiales su aplicación jurídica, de todas maneras recordemos que la perspectiva alexyana resulta más confiable el derecho surgido del Tribunal Constitucional respecto al Parlamento en función de las posibilidades de generar un mejor diálogo racional”.<sup>93</sup>

Es importante que la argumentación constitucional se enfoque en los jueces constitucionales y por supuesto en los legisladores, sin embargo a diferencia de estos últimos, los jueces pueden emitir la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, lo cual en todo momento estará en posibilidades de corregir la labor legislativa, como una característica especial del Tribunal Constitucional.

Siguiendo con la caracterización de la argumentación constitucional debemos analizarla en relación al modo de operarla. “Su particular contenido caracterizado por principios o valores (recordemos que Zagrebelsky asimila la norma con la ley y a los principios con la constitución) requiere del operador determinadas directivas o metaargumentos (especialmente ponderación) y consiguientemente, una particular teoría argumentativa”.<sup>94</sup>

La Constitución tiene una forma especial, diferente y más abstracta de ser entendida y aplicada, por lo que demanda del juez constitucional un manejo o dominio más completo de la teoría de la argumentación jurídica, de ella se desprenden técnicas, directrices y métodos que se enfocan en las necesidades constitucionales.

Por último, debemos señalar las proyecciones o efectos del resultado argumentativo, “deben destacarse las consecuencias transversales o invasivas que conlleva esa argumentación constitucional, pero además su contenido moral y político trasciende a esos campos como ningún otro resultado argumentativo, (- -)”.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> *Ídem.*

<sup>94</sup> *Ídem.*

<sup>95</sup> *Ídem.*

La peculiaridad de la argumentación constitucional es la de crear un cambio de paradigma dentro del sistema jurídico, esta modificación puede beneficiar tanto al derecho vigente, pero puede surgir el caso en el que una indebida argumentación provoque inestabilidad jurídica y por consiguiente las consecuencias pueden ser significantes, el debido conocimiento y empleo de esta rama del pensamiento marcará el rumbo de una decisión correcta.

### *3. Finalidad de la argumentación constitucional*

Una de las principales finalidades de la argumentación constitucional es la salvaguardar los contenidos constitucionales, exigiendo que los razonamientos de los juristas sean correctos, al mismo tiempo el de crear sentencias de mayor calidad racional que permitan diluir controversias en cuanto a la validez de normas.

Por consiguiente es oportuno establecer que:

(- -) la argumentación constitucional es propiamente un estándar de construcción jurisprudencial que los jueces constitucionales deben habilitar progresivamente en sus decisiones para: 1) la validación de las pretensiones que realmente acrediten vulneraciones graves, ostensibles y manifiestas a un derecho fundamental; y 2) para la exclusión de peticiones respecto a ámbitos de tutela, es decir, aquellas que deben devenir infundadas o improcedentes.<sup>96</sup>

En primer término Edwin Figueroa refiere que la argumentación constitucional debe ser desarrollada con la finalidad de identificar aquellos casos difíciles en donde la violación de derechos se materialice, también manifiesta que actúa como un filtro en donde no se puede dar paso a formulaciones jurídicas que solo traten de persuadir sin una verdadera razón con el objetivo de invocar la protección constitucional.

La finalidad de la argumentación constitucional consiste en la tarea óptima que realizan los jueces para proteger los derecho fundamentales a

---

<sup>96</sup> Figueroa Gutarra, Edwin, "Las bases de la argumentación constitucional" consultado el día 30 de septiembre de 2016 en <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/09/las-bases-de-la-argumentacion3b3n-constitucional-pdf.pdf>, p. 7.

través de los medios de control correspondientes, incentivando el respeto por los principios constitucionales y en base a una adecuada justificación contenida en los instrumentos judiciales, al mismo tiempo, evitar caer en pretensiones falaces que pueden llegar a surgir dentro de su ámbito de actuación.

#### *4. La argumentación constitucional frente a los casos difíciles*

La argumentación constitucional juega un papel muy importante en las decisiones de los Tribunales Constitucionales, en estas instancias se abordan problemas de trascendencia primordial y que difícilmente se pueden resolver con los medios tradicionales de resolución como el silogismo categórico, la interpretación literal de la norma o los usos y costumbres.

Por esta razón la teoría de la argumentación jurídica se enfoca en las decisiones de los Tribunales supremos, pero sobre todo en aquellos casos que son considerados complicados en razón de la afluencia de situaciones que desembocan en ellos, en este supuesto la argumentación constitucional tiene la tarea de abordar los problemas bajo una forma de razonamiento más elaborada y exhaustiva.

En el ámbito constitucional se puede presentar la confrontación de principios normativos en un solo caso, se ha mencionado que la ponderación es el medio más idóneo para solucionar la colisión principialista, sin embargo, dicho juicio no escapa a la teoría de la argumentación, en razón de que también se deben expresar los razonamientos que llevaron al jurista a decidir o establecer el peso específico de cada uno de ellos.

Una tarea complicada para la argumentación dentro del ámbito constitucional es en relación a la declaración de invalidez de una norma jurídica o de una ley, que trae como consecuencia su expulsión del sistema jurídico en el caso de considerarse inconstitucional, ante esto se debe prestar atención en los razonamientos emitidos por los jueces que pueden provocar un cambio de paradigma en la actividad política, jurídica y social.

En general dentro de las resoluciones provenientes de los mecanismos de control constitucional es pieza clave la argumentación jurídica, por ser éstas

las que tienen la última palabra en razón a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de autoridad o de los entes públicos en relación a la vulneración de derechos fundamentales o en el establecimiento de facultades o restricciones a los órganos públicos.

Otro de los factores a superar dentro de la argumentación constitucional es el relativo a los elementos externos que pueden influir en las decisiones constitucionales. En este sentido, pueden surgir -como lo manifiesta Toulmin- condiciones de refutación, como los factores políticos o intereses de índole ajena a los de una verdadera justicia constitucional.

El juez constitucional se encuentra en la necesidad de dominar un amplio bagaje de conocimiento en cuanto a la argumentación jurídica respecta, el dominio de un extenso sistema normativo nacional e internacional y la debida aplicación de los métodos o herramientas de la materia constitucional como la interpretación, la ponderación, en el entendido que la sociedad le demanda la verdadera aplicación de la justicia.

Es indispensable para el Derecho desarrollar una teoría de la argumentación constitucional que dé cuenta de los casos difíciles que se presentan, aquí reviste vital importancia y una complejidad mayor que la justicia impartida por los tribunales ordinarios, recordemos que las decisiones de los tribunales constitucionales crean precedentes que deben ser cumplidos a futuro por los demás órganos jurisdiccionales.

CAPÍTULO SEGUNDO  
ANÁLISIS ARGUMENTATIVO REALIZADO EN SENTENCIAS  
CONSTITUCIONALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA  
NACIÓN

I. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN DERECHOS  
HUMANOS

1. *Contradicción de tesis 293/11*

A. *Estudio del marco argumentativo sobre restricción de derechos*

Las restricciones constitucionales son limitaciones al libre ejercicio de los derechos humanos consagrados en las constituciones y en la normativa internacional, éstas se pueden presentar bajo diferentes figuras jurídicas, en el presente tema conoceremos el fundamento constitucional que las permite dentro del territorio nacional.

De manera breve expondremos el marco argumentativo que integra la contradicción de tesis 293/11:

(- -) cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, (- -).<sup>97</sup>

Del extracto expuesto se advierte la existencia de un argumento principialista, en razón de que se fundamenta en dos principios normativos: El de supremacía constitucional y el de coherencia normativa como ejes centrales, lo implícito dentro de la contradicción refiere que existe: a) una restricción constitucional de derechos humanos en base a parámetros

---

<sup>97</sup> Contradicción de tesis 293/11, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2013, p. 65.

constitucionales; b) la exigencia de observar y adecuar el marco normativo a lo establecido en la ley fundamental.

Dentro del cuadro argumental de la contradicción de tesis se regula lo relativo a los tratados internacionales en derechos humanos, así el referido criterio establece que “del artículo 133 constitucional se desprende, como una consecuencia del principio de supremacía constitucional, que los tratados internacionales se encuentran en el nivel inmediatamente inferior a la Constitución”.<sup>98</sup>

Se identifica un argumento sistemático y otro pragmático, en el primero al citar una norma establecida dentro del ordenamiento jurídico como el artículo 133 constitucional que a su vez determina la jerarquía normativa, en el segundo caso, refiere a la consecuencia que se produce de la jerarquización de leyes que no es otra más que la sublevación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la ley suprema.

Ésta contradicción de tesis ha generado la proliferación una serie de criterios orientados a robustecer el contenido comentado, así surgió la tesis jurisprudencial 119/2014, la cual refiere que “cuando se esté en presencia de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional, prevalece o tiene aplicación directa el texto de la Ley Fundamental frente a cualquier norma de carácter internacional”.<sup>99</sup>

Aquí nos encontramos con un silogismo hipotético o transitivo, en donde existe una relación condicional entre un antecedente, en este caso la restricción constitucional, y el consecuente; que viene a ser la imposición del texto fundamental frente a cualquier otra norma, en este caso la contenida en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Aunado esto, la tesis aislada CXXVIII/2015 trata de justificar la restricción de los derechos humanos basándose en contenidos internacionales, “los Estados Parte han dispuesto que las restricciones convencionalmente

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>99</sup> Tesis: 2a./J. 119/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Noviembre de 2014, p. 768.

permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaren en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.<sup>100</sup>

De esta forma podemos encontrar una justificación externa por parte de la Corte Suprema en virtud de que busca la aceptación de su propósito u objetivo principal, el cual está orientado a la prevalencia del orden público, los intereses comunes de la sociedad, bajo el velo de la restricción de derechos humanos que ha sido elevada a rango constitucional.

Finalmente, el marco argumentativo de la contradicción de tesis 293/11, atiende lo relacionado con la obligatoriedad de los tratados internacionales, “la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, (- -) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos”.<sup>101</sup>

Es conveniente la noción de Perelman en cuanto al argumento de asociación de identidad completa relacionado con las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana y lo establecido por el texto constitucional en referencia a los derechos humanos, también aduce a una interpretación sistemática con el objeto de cumplir con la optimización de los principios fundamentales.

## B. *Análisis argumentativo de la contradicción de tesis 293/11*

### a. Método estructural y de contenido argumentativo

Para el estudio de la presente contradicción de tesis 293/11 se utiliza el método de análisis estructural y contenido argumentativo, desarrollado por

---

<sup>100</sup> Tesis: 2a. CXXVIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, Noviembre de 2015, p. 1299.

<sup>101</sup> Contradicción de tesis 293/11, *óp. cit.*, p. 65 y 66.



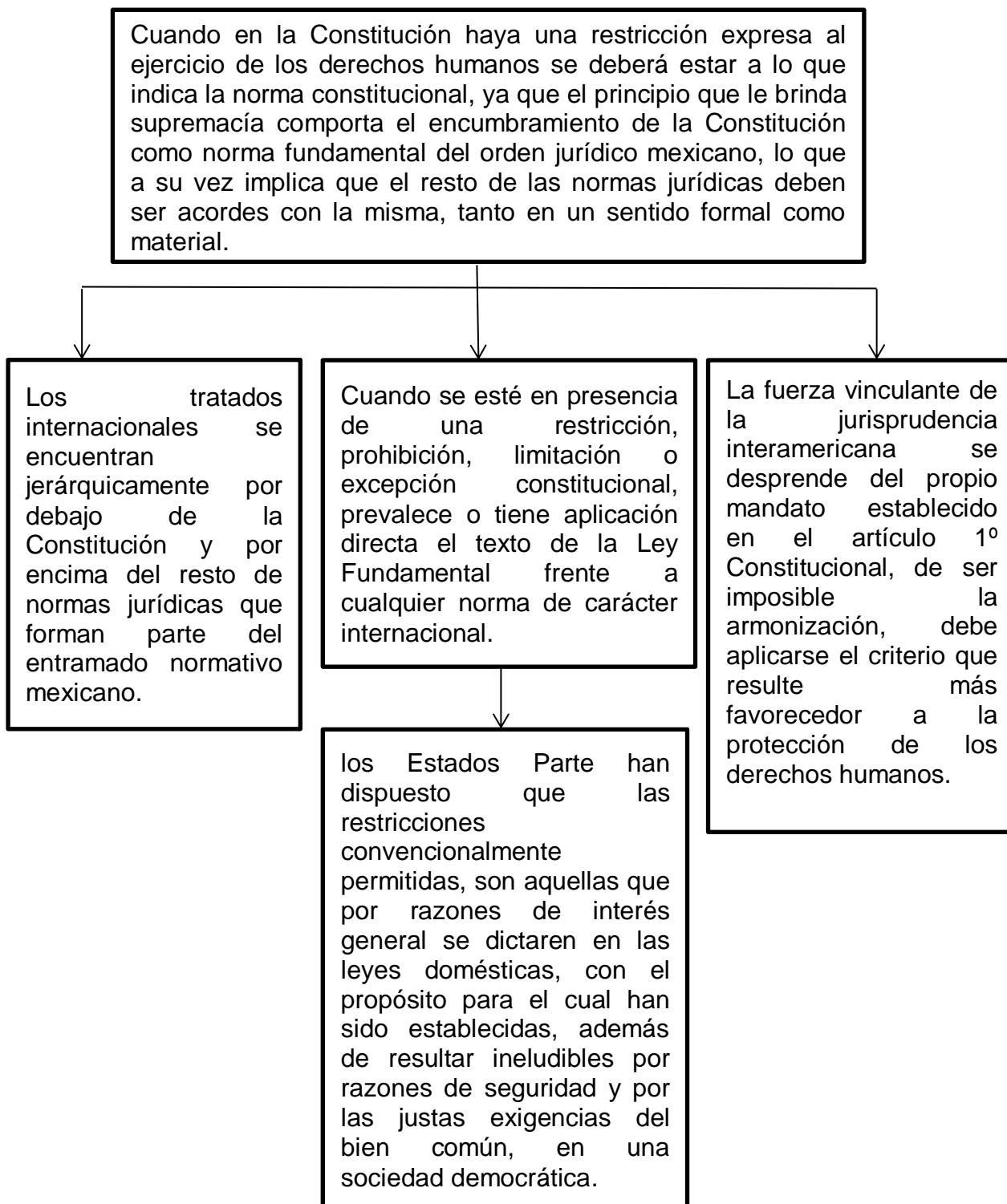
Graciela Fernández Ruiz,<sup>102</sup> para identificar la conformación del argumento y la relación de conexión con subargumentos derivados que lo respaldan.

En cuanto al método de análisis de contenido, se emplea para reconocer el tipo de argumentos que integran la contradicción de tesis, así como los principios normativos y la relación derivada entre ellos, de igual modo sirve para estudiar su conexión con el ordenamiento jurídico y la argumentación jurídica.

---

<sup>102</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp, cit.*, p.p. 151-222.

Consecuentemente, formulamos el diagrama argumentativo de la contradicción de tesis 293/2011:



La contradicción de tesis se conforma por un argumento central expresado en el primer recuadro de arriba hacia abajo, tres subargumentos que se encuentran por debajo del mismo y además están señalados por flechas, reforzando lo expresado por el máximo tribunal, y en un tercer nivel se encuentra otro argumento adicional que se desprende del segundo subargumento que podemos identificar de izquierda a derecha, también indicado por una flecha.

El argumento en su totalidad se centra en la posición de la Constitución como norma preferente de donde se desprenden dos escenarios: a) una restricción constitucional en base al principio de jerarquía normativa en relación de los derechos humanos y b) una cuestión relativa a la validez entre una norma constitucional y una internacional en la misma materia.

En el primer subargumento se muestra la relación de jerarquía normativa entre el tratado internacional y la Constitución de donde deriva la consolidación del principio de supremacía, en el segundo subargumento la situación de la validez normativa, en el tercer subargumento la interpretación sistemática del orden nacional con el internacional en materia de derechos humanos.

Atendiendo a la ley de colisión de principios esta “señala el hecho de que entre dos principios de un sistema jurídico no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada al caso concreto. Por lo que la tarea de la optimización consiste en encontrar y fijar dichas reglas de la mejor manera”.<sup>103</sup>

Aplicando la ley descrita con antelación existe una clara confrontación, por un lado el principio de supremacía constitucional y por el otro el de validez normativa, el primero invoca la prevalencia de la norma fundamental como fuente de todo derecho, en el segundo; advierte a que los derechos humanos deben situarse por encima de cualquier ordenamiento, por ser estos universales o al menos desde una percepción axiológica.

---

<sup>103</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación principialista, bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, 2016, p. 89.

Al respecto autores como Rodolfo Moreno Cruz expresan que el problema central de esta contradicción de tesis está vinculado a la forma en que fue entendida la cuestión a resolver, así “el tema no puede ser de jerarquía y mucho menos de jerarquía kelseniana. Es más, la mayor parte de los votantes en el pleno reconocieron que no se trataba de un tema de jerarquía. Luego entonces, ¿de qué se trató? El problema en esencia era de validez”.<sup>104</sup>

Ante esta cuestión es indudable la apreciación de Dworkin en razón de que los principios normativos y más aún los derechos humanos no pueden ser sometidos a un criterio de jerarquización de normas en virtud de que estos son mandatos de optimización que no pueden ser regulados formalmente por las leyes, sino que deben cumplirse en la mejor manera posible.

En cuanto a la validez de los derechos humanos en contraposición a las restricciones que como normas imperan en la Constitución es claro que debe prevalecer aquellos sobre ésta en razón de su naturaleza inmersa, su fin es el de la protección de los valores universales, potencializando su desarrollo por lo que su efectividad va más allá a lo establecido incluso por las constituciones de los países, se trata de derechos inalienables, resguardados dentro del ámbito internacional.

Así mismo, el espíritu de los derechos humanos desemboca en la protección de las personas y los grupos sociales, bajo esta premisa agregamos de acuerdo a un argumento *a fortiori* que una Constitución siempre deberá ser interpretada de manera abierta e incorporar los criterios internacionales, con mayor razón si la legislación interna no los garantiza por el hecho de existir restricciones o limitaciones.

En contraposición a lo expresado por las restricciones constitucionales es claro que: “La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente

---

<sup>104</sup> Moreno Cruz, Rodolfo, “Derechos humanos: entran por la puerta y salen por la ventana”, Revista el Mundo del Abogado, núm. 175, noviembre de 2013, consultado el día 03 de mayo de 2017 en <http://vlex.com/vid/humanos-entran-puerta-salen-ventana-476405336>, p. 23.

contradictorios. (- -) los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales y políticos”.<sup>105</sup>

Los derechos humanos no deben ser restringidos por los países y mucho menos cuando la impartición de justicia es deficiente, donde se pueden vulnerar con mayor facilidad, por ésta razón es que existen Cortes internacionales que tratan de proteger los derechos humanos que no han podido ser protegidos por los países que son responsables de mantener su crecimiento.

## 2. Geolocalización de equipos móviles

### A. Estudio del marco argumentativo sobre geolocalización

Adentrándonos al estudio del marco argumentativo debemos decir que en esencia la acción de inconstitucionalidad versa sobre el contenido de los artículos 133 Quarter del Código Federal de Procedimientos Penales y los numerales 16 y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

El artículo 133 Quarter fija la facultad de la Procuraduría General de la República para solicitar la colaboración de los prestadores del servicio de telecomunicaciones para la localizar equipos móviles en tiempo real y así realizar la persecución de ilícitos graves, en cuanto a los numerales 16 y 40 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, se establece la obligación de los concesionarios para auxiliar a la autoridad competente en dicha actividad.

Bajo el esquema de Toulmin nos encontramos con el primer elemento consistente en la pretensión, misma que expresa la constitucionalidad de los artículos referidos por considerarlos acordes con los principios de legalidad y seguridad jurídica, lo cual desde la perspectiva del autor permite reconocer el paso de la pretensión a las razones, otorgando una serie de garantías para su consolidación posterior.

De esta forma, se pueden establecer como razones que justifican la pretensión “la protección al orden público y la paz social, así como la tutela a

---

<sup>105</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit*, p. 121.

los derechos de la vida e integridad física y psicológica de las personas, lo que justifica a plenitud la facultad que se autoriza al Procurador General de la República así como a quienes determine delegar la misma, (- -)".<sup>106</sup>

Dentro de las razones que apoyan la pretensión nos encontramos con un argumento basado en la estructura de lo real de acuerdo a la apreciación de Perelman, esto en razón de existir una necesidad social tangible en la protección de los derechos mencionados, desembocando en la creación de una atribución pertinente y efectiva para la persecución de los delitos a favor del organismo público.

Otra razón que apoya a la pretensión hace hincapié en justificar la restricción al principio de privacidad en el sentido de que "conviene puntualizar que aun reconociendo que pudieran constituir una intromisión al ámbito privado de los individuos, de cualquier forma satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad".<sup>107</sup>

Se deduce una restricción al principio de privacidad justificada bajo el argumento de coherencia, primero respecto a la razonabilidad espera una medida justa y correspondiente con el fin perseguido, en referencia a la proporcionalidad, nos indica que la medida debe ser adecuada y no excesiva respecto al ejercicio de las funciones por parte del órgano procurador de justicia.

Siguiendo el modelo de Toulmin, es indispensable que se aporten garantías, es decir, que se fijen parámetros de certidumbre legal para evitar caer en prácticas arbitrarias e ilegales, en este rubro "una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional".<sup>108</sup>

Dentro de los primeros dos incisos expresados en el párrafo inmediato anterior se identifica una alusión al principio de legalidad, en el inciso a) dicha medida debe estar regulada dentro del sistema normativo y en el b) debe

---

<sup>106</sup> Acción de inconstitucionalidad 32/12, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 16 de enero de 2014, p. 92.

<sup>107</sup> *Ibídem*, p. 124.

<sup>108</sup> *Ibídem*, p. 107.

enfocarse a la obtención de un objetivo no solo correcto desde la perspectiva lógico formal, sino también material, esto es, que en la realidad se consiga garantizar un resultado válido.

Se garantiza la geolocalización en relación a la “idónea, en razón de que se constituye en un medio apto para alcanzar el fin perseguido, si se considera que son estos aparatos los que habitualmente se utilizan por la delincuencia organizada como un instrumento en la perpetración de tales hechos delictuosos, (- -)”.<sup>109</sup>

Se expresa que la idoneidad de la geolocalización es una herramienta efectiva para la prosecución de los delitos graves a través de tecnologías adecuadas para evitar la evasión de la justicia por parte de los imputables, así como el debido desarrollo de las indagatorias respectivas, lo que corresponde a un argumento lógico jurídico, en razón de que la utilización de nuevos y sofisticados medios tecnológicos permitirán una eficiente investigación.

Con relación a la necesidad de la medida es obvio que se trata de una exigencia en la regulación de las conductas delictivas y “para proteger el orden público, la paz social, los derechos a la vida e integridad física y psicológica de las personas, aunque su ejercicio pudiera implicar la restricción a la vida privada de una persona, pues ésta debe ceder para preservar esos derechos y permitir la eficaz investigación de los delitos”.<sup>110</sup>

Dentro de la justificación aportada en el párrafo inmediato anterior nos encontramos con un argumento de la dirección, esto se explica en razón de que si se busca la debida protección de los principios normativos es necesario sucumbir en relación al de privacidad, lo cual se traduce en una restricción a la vida privada de las personas, difícilmente los referidos derechos podrán ser garantizados sin el empleo de esta atribución procesal.

Así la geolocalización se respalda en el contenido de los numerales 133 Quarter del Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 16 y 40 Bis

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*, 122.

<sup>110</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Geolocalización de equipos de comunicación móvil, en tiempo real, relacionados con la investigación de delitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas*, México, SCJN, 2005, p. 66.

de la Ley Federal de Telecomunicaciones y del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, este último referente a la prohibición de que las personas puedan ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada.

Por último, el esquema de Toulmin hace referencia a que en ciertos casos pueden existir condiciones de refutación que podrían echar abajo los argumentos expuestos, en este caso, la Suprema Corte establece los siguientes supuestos: “el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; (- -)”.<sup>111</sup>

En la causa de refutación encontramos una limitación en contra de la geolocalización, por lo que se podrá declarar la violación de garantías cuando exista el uso excesivo de facultades en relación a la actuación de la autoridad, ésta deberá ajustarse en todo tiempo a las medidas y prohibiciones aclaradas por la Suprema Corte mexicana.

Aunado a ello, otra refutación hace referencia a que la geolocalización “puede convertirse en un instrumento de espionaje y persecución por su irregular interpretación y aplicación. (- -) en vista del riesgo intrínseco de abuso de cualquier sistema de monitoreo, dicha medida debe basarse en legislación particularmente precisa, con reglas claras y detalladas”.<sup>112</sup>

Este razonamiento puede interpretarse bajo el argumento *a contrario sensu*, en el sentido de que dicha medida no se convierta en un instrumento que conlleve otras conductas lesivas del principio de privacidad de las personas, de seguridad jurídica, libre tránsito, legalidad, por emplearse para fines ajenos para los que se ha establecido.

## B. Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 32/12

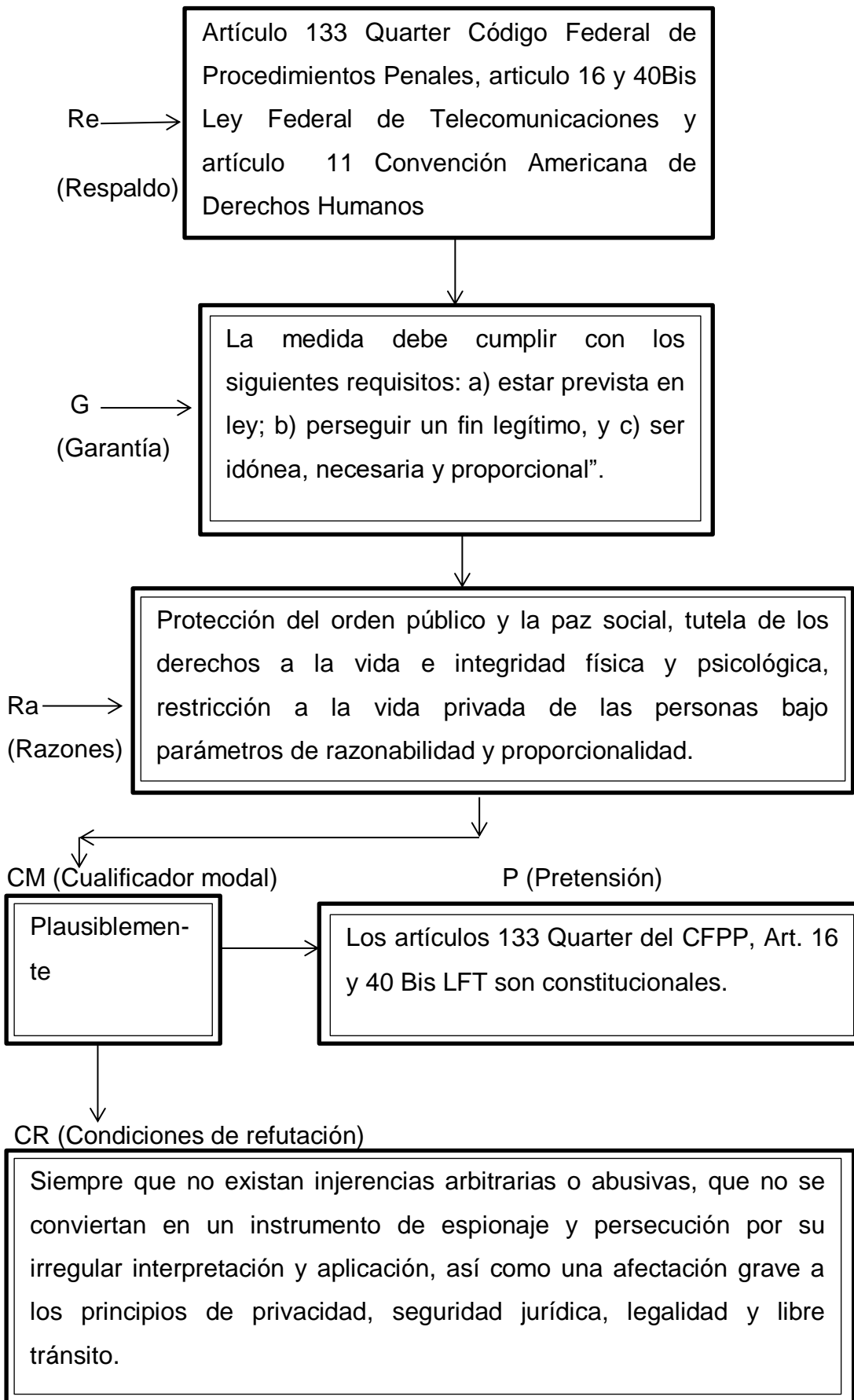
### a. Modelo de Stephen Toulmin

---

<sup>111</sup> Cfr. Caso Tristán Donoso, en Acción de Inconstitucionalidad 32/12, *óp. cit.*, p. 106.

<sup>112</sup> *Ibídem*, p. 107.





Para el estudio de la presente acción de inconstitucionalidad se emplea el modelo de Stephen Toulmin,<sup>113</sup> referente al estudio de la argumentación a partir de cinco elementos: la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo y las condiciones de refutación características de su apreciación de la lógica.

En este orden de ideas, nos encontramos en posibilidades de analizar bajo el esquema de Toulmin lo referente a la pronunciación emitida por el denominado Tribunal Constitucional de nuestro país en lo relativo a la geolocalización de personas en tiempo real

En cuanto al estudio del diagrama de Toulmin se aprecia que el respaldo de la medida de geolocalización de personas en tiempo real en caso de ilícitos graves, se basa principalmente en los artículos 133 Quarter del Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 16 y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En resumen, cabe resaltar la discrecionalidad con la que puede actuar la autoridad prosecutora dado que ella misma decide a quienes debe aplicarla, lo que consideramos puede generar violación de derechos, a lo que el ministro Cossío Díaz en su voto particular advierte que “el punto de partida debe ser el derecho humano; el cual no debe justificarse frente a una facultad otorgada por el legislador a una autoridad investigadora”.<sup>114</sup>

De esta forma, se parafrasea el artículo 11 del Pacto de San José en el sentido de que será una medida que busque proteger a las personas de injerencias arbitrarias, algo que en muchas ocasiones se puede criticar, en razón de que en la práctica encontramos abusos en el ejercicio de las facultades por parte de los órganos públicos, al mismo tiempo es posible generar equivocaciones en la o las personas que se investigan.

En la garantía se establece el parámetro que se ha de acreditar para evitar abusos y excesos por parte de la autoridad, los cuales consideramos que deben ser cumplidos cabalmente en virtud de que se pueden violentar

---

<sup>113</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho...”, *cit.*, p.p. 84-89.

<sup>114</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *óp. cit.*, p. 74.

principios como el de privacidad y seguridad pública, la cuestión estriba en ¿Cómo se puede valorar si la autoridad actuó bajo parámetros constitucionales?

Pasando al análisis de las razones se apela, por un lado a la protección del orden social y la integridad de las personas, algo que consideramos justo, por el otro, se expone que el derecho a la privacidad puede ser restringido bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual creemos que son parámetros abstractos, dado que no se establecen ni en la ley, ni en la jurisprudencia de manera exhaustiva.

En cuanto a las causas de excepción a la regla, es decir, “las condiciones de refutación apuntan las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse de lado”.<sup>115</sup> Es decir, cuando se actúe con arbitrariedad o uso excesivo, la medida será inconstitucional, así como si se utiliza para fines ajenos a la sentencia en estudio.

A modo de conclusión, agregamos que la geolocalización puede servir para la prosecución de ilícitos graves, dado que los delincuentes utilizan todos los recursos disponibles para cometer los hechos delictivos, basándonos en el argumento lógico jurídico, la impartición de justicia debe echar mano de las herramientas tecnológicas, sin embargo, se cuestiona la forma de operar de los órganos públicos en virtud de que no siempre actúan con apego a la ley.

El problema central de la presente acción de inconstitucionalidad no es el de otorgar la facultad a la autoridad, sino el hecho de cómo controlar la actuación de la Procuraduría General de la República, dado los índices de corrupción y tráfico de intereses, por lo que la legislación es deficiente en este tema al tratarse de tecnologías de nueva implementación dentro del marco jurídico nacional.

### *3. Constitucionalidad del arraigo como medida cautelar*

#### *A. Estudio del marco argumentativo sobre el arraigo*

---

<sup>115</sup> Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de Morras, María y Pineda, Victoria, Barcelona, Península, 2007, p. 137.

Retomado del artículo 19 de la Carta Magna, el arraigo es una medida preventiva de arresto domiciliario de personas utilizada para el esclarecimiento de ilícitos graves elevada a rango constitucional, formando parte de las restricciones que la Constitución permite a los derechos humanos, por lo que su estudio se considera interesante en razón de las implicaciones que esto conlleva.

Fijando el marco argumentativo, encontramos que el argumento principal de la Suprema Corte instituye que “el arraigo, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, (- -) una restricción expresa al derecho de libertad, ya que permite que las personas sean detenidas y privadas de su libertad domiciliariamente”.<sup>116</sup>

Se aprecia como este argumento intenta proteger la figura bajo la tutela constitucional, encontrando su justificación en el nivel jerárquico de la Constitución, por ese hecho se considera como un argumento *sedes materia*, en virtud de que su ubicación pertenece al rango superior jurídico, por consiguiente permite la restricción de ciertos derechos humanos.

El primer subargumento refiere que se debe aplicar bajo los siguientes términos: “a) la medida la debe solicitar el Ministerio Público (- -); b) dicha solicitud debe resolverse por autoridad judicial y sólo la podrá decretar cuando sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia y c) no puede exceder de cuarenta días”.<sup>117</sup>

Desde la perspectiva de Toulmin estos requisitos conformarían la garantía del argumento principal, por instaurar directrices que otorgarán formalidad al ejercicio de la medida, destaca el elemento de la necesidad, mismo que deberá ser ponderado correctamente para evitar su ejercicio excesivo por parte de la autoridad persecutora.

---

<sup>116</sup> Amparo directo en revisión 1250/12, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 14 de abril de 2015, p. 46.

<sup>117</sup> *Ibídem*, p. 44.

Es interesante el segundo subargumento que expresa: “debe comprobarse que la norma secundaria no resulte incompatible con el resto de los principios objetivos del ordenamiento jurídico, ya que el artículo 1º constitucional establece una jerarquía axiológica, que obliga a todo el ordenamiento jurídico a guardar coherencia con los derechos humanos”.<sup>118</sup>

De aquí se deriva una cuestión, ¿Realmente el arraigo puede garantizar el respeto de los derechos humanos dentro de nuestra sociedad? Probablemente la respuesta sería debatible, desprendiéndose del segundo subargumento una corriente principialista de valoración que demanda coherencia normativa para estar en posibilidades de ser válida.

En relación a la coherencia a la que aduce la cita inmediata anterior definimos que “en la argumentación jurídica el grado de coherencia dependerá del mayor número de elementos y ámbitos de la realidad que abarque. Así, tal grado es determinado en última instancia por medio de la ponderación de dichos ámbitos (piénsese en los principios, los cuales abarcan aspectos sociales, morales y culturales)”.<sup>119</sup>

Resultará analizable la cuestión de la inmersión de la figura del arraigo de acuerdo con el principio de coherencia normativa, dado que dicho enunciado jurídico difícilmente podrá cumplir con éste requisito que enmarca el artículo primero constitucional, en razón de las restricciones que conlleva como al derecho de libertad, presunción de inocencia, entre otros.

Siguiendo con el análisis del amparo directo en revisión nos encontramos con un tercer subargumento que refiere: “no obstante la jerarquía constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, cuando en la Constitución Federal haya una restricción expresa al ejercicio de éstos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>119</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principialista...”, *cit.*, p. 106.

<sup>120</sup> Amparo directo en revisión 1250/12, *óp. cit.*, p. 46.

Se reconoce la existencia del argumento del precedente, el razonamiento vertido por la Suprema Corte hace referencia a la restricción constitucional que puede fungir en perjuicio de los derechos humanos, el cual lo podemos localizar en la Contradicción de tesis 293/11, tomemos en cuenta que este amparo se resolvió en el 2015 y ya existía el criterio al que hacemos alusión.

Cabe puntualizar que en contraposición a éste punto esta figura representa una afectación real “(- -) tal parece que lo que en realidad se busca es dar mayor sustento a la violación a los derechos fundamentales con el arraigo por ejemplo, que aunque este en la Constitución, es contrario al espíritu de la misma y a los derechos humanos; (- -)”.<sup>121</sup>

Se advierte una valoración axiológica del contexto constitucional en donde la esencia de la ley fundamental se ve menoscabada por figuras restrictivas de derechos humanos como es el caso del arraigo, lo que se deberá de analizar en relación a los efectos que se produzcan dentro de los casos concretos, así como el grado de afectación y la recurrencia con que se presente.

Por último, dentro del marco argumental y como un argumento derivado del tercer subargumento tenemos que el arraigo “debe entenderse como una medida cautelar excepcional otorgada como un instrumento al servicio de la procuración y administración de justicia que se ha de insertar coherentemente en el orden de los derechos humanos, lo que debe analizarse caso por caso en cuanto a su validez a nivel de legalidad”.<sup>122</sup>

Se advierte una relación de correspondencia no solo normativa, sino también con principios universales como los derechos humanos, resultando un reto en cuanto a este tema, al mismo tiempo se identifica la existencia de un argumento pragmático, que conduce a la comprobación por medio de las consecuencias que se produzcan en los casos concretos.

---

<sup>121</sup> Espinoza Castro, Carlos Albero y Hernández Pablo, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, México, Ibijus, 2014, p. 165.

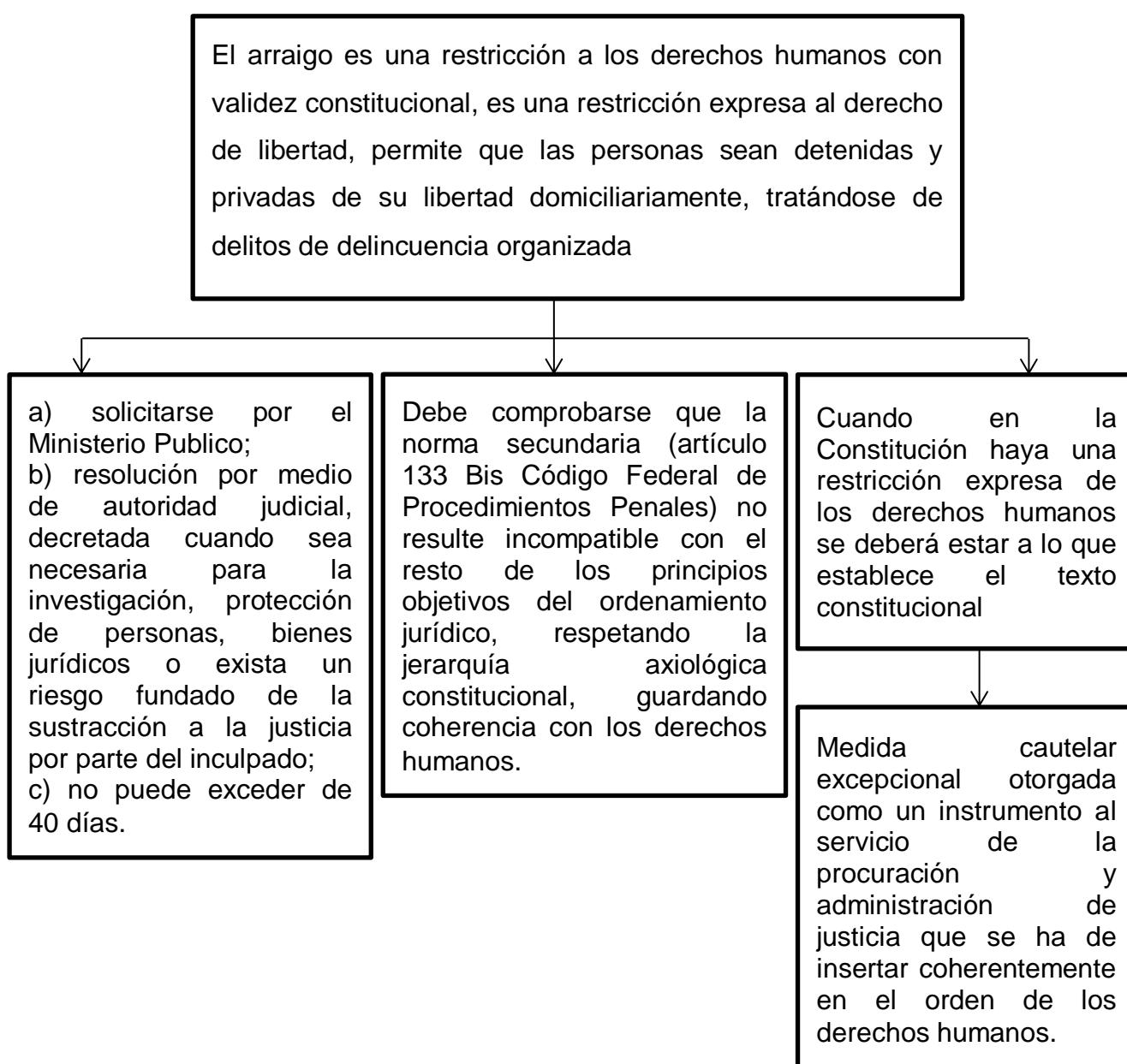
<sup>122</sup> Amparo directo en revisión 1250/12, *óp. cit.*, p. 47.

## B. Análisis argumentativo del amparo directo en revisión 1250/12

### a. Método estructural y de contenido argumentativo

Para analizar la figura del arraigo es apropiado emplear el método estructural y de contenido argumentativo expresado por Graciela Fernández Ruiz,<sup>123</sup> de esta forma realizar un examen pormenorizado de los argumentos expuestos por nuestra Suprema Corte en el presente amparo en revisión.

Así podemos arribar a la formulación del siguiente esquema argumentativo:



<sup>123</sup> Fernández Ruiz Graciela, *óp. cit.*, p.p. 151-222.

En cuanto a la estructura del argumento, encontramos que consta de un argumento principal, respaldado por tres subargumentos y un argumento derivado adicional que refuerza el criterio de la Suprema Corte en el sentido de que la restricción constitucional del arraigo se encuentra debidamente establecida en la normatividad respectiva y que busca garantizar la protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Se desprende del primer subargumento la exigencia de cumplir con los requisitos formales de validez, entre los más importantes está el que la medida sea emitida por medio de autoridad judicial, siempre y cuando sea necesario y no exista otra opción tangible de entre las propuestas por la legislación, respetando las garantías procesales.

La percepción axiológica que debe respetar esta medida representa una clara preocupación por el constituyente en razón de que este tipo de mecanismos puede vulnerar derechos fundamentales, la línea divisoria entre el arraigo y su inconstitucionalidad es muy débil, consideramos que en repetidas ocasiones podría representar un medio de presión e instigación en contra las personas.

En este punto debemos precisar que “a pesar de las recomendaciones diversas que han hecho a México, por parte de organismos internacionales, y de Naciones Unidas de desaparecer de la legislación el arraigo por ser violatorio los derechos humanos, se ha hecho caso omiso, e inclusive ahora el arraigo es una figura constitucional”.<sup>124</sup>

Esto conlleva a cuestionar la efectividad por parte de los organismos públicos de cumplir con las exigencias en materia de derechos humanos, si bien se intenta protegerlos, este tipo de restricciones constitucionales están lejos de lograrlo, dado que la esencia de los principios constitucionales es la de potencializar la protección y no la limitación.

Por último, el tercer subargumento representa la fuente legal para instaurar el arraigo como una herramienta válida dentro del territorio mexicano, en la que su aplicación material debe satisfacer el principio de proporcionalidad

---

<sup>124</sup> Espinoza Castro, Carlos Alberro y Hernández Pablo, Beatriz, *óp. cit.*, p. 164.



y coherencia normativa, en cualquier otro supuesto será punible a la autoridad la conducta que ejerza en perjuicio de los gobernados.

## II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA EDUCATIVA

### 1. Omisión legislativa del Estado de Oaxaca

#### A. Estudio del marco argumentativo sobre omisión legislativa

En febrero del 2013 se llevó a cabo la reforma educativa en nuestro país, la cual tiene como objeto mejorar la calidad de la educación a través de la evaluación y capacitación del personal docente, dentro de este escenario ha existido una fuerte oposición por parte de los Estados y del magisterio, provocando una serie de sucesos que han desembocado en inestabilidad política y social.

La presente controversia constitucional refleja uno de los tantos supuestos en los que la Corte ha respaldado la reforma, en esencia el presente asunto estriba en lo relativo a la omisión legislativa del Estado de Oaxaca para expedir normas adecuadas a la Constitución para impulsar la legislación comentada, por esta razón es menester estudiar detalladamente el escenario argumentativo.

El diagrama que se analizará más adelante versa sobre la omisión legislativa de la que fue responsable el Congreso Local y el Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca, a través de la controversia constitucional 38/14 presentada por el Poder Ejecutivo Federal, donde surgieron dos líneas argumentativas que cada una refleja una postura o supuesto (SP) distinto, representados por (a) y (b) respectivamente.

Dentro de la primera línea, nos encontramos con las razones aportadas por el Congreso Local de Oaxaca (CL), de entre las cuales destaca (1.1a) “la ley educativa, deberá ser emitida con pleno respeto a los derechos de los

pueblos indígenas de esa ciudad”.<sup>125</sup> Debido a la existencia de una fuerte influencia de la costumbre se acentúo el hecho de esa característica especial.

Este razonamiento se fundamenta en un argumento principialista, donde se invoca a la libre determinación de los pueblos originarios, su objetivo es la expedición de leyes que sean adecuadas a las prácticas y directrices de éstos grupos étnicos, sin embargo, como se verá más adelante esta finalidad no se garantizará por la reforma educativa.

Apoyando la postura referida, el Congreso Local estatuye que (1.2a) “la armonización legislativa, debe entenderse como el proceso mediante el cual el derecho local debe asemejarse a las bases generales fijadas por el legislador federal, pero al mismo tiempo conservando la identidad propia como derecho local”.<sup>126</sup>

En un principio descubrimos un argumento de coherencia, en el cual el Congreso de Oaxaca reconoce la expedición de normas no contradictorias dentro del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo refiere a un argumento de identidad completa, entre lo que legisle el Congreso del Estado y el derecho de los pueblos indígenas pertenecientes a esa localidad.

Un tercer argumento aportado por el Congreso de Oaxaca se refiere al tiempo otorgado para expedir las leyes respectivas, el cual constó de seis meses, por lo que consideró que el (1.3a) “plazo es insuficiente para legislar sobre la materia, sobre todo, por el grado de complejidad del territorio, debido a las características pluriétnicas que predominan en Oaxaca, puesto que se conforma por un aproximado de dieciséis grupos étnicos”.<sup>127</sup>

Aquí existe un problema en cuanto a la complejidad de implementar la legislación correspondiente en el término mencionado, a raíz de una situación externa que condiciona la formalidad de la reforma, sumado al hecho de considerar las costumbres y los dialectos territoriales, convirtiendo la exigencia en un requisito imposible de cumplir.

---

<sup>125</sup> Controversia constitucional 38/14, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 24 de septiembre de 2015, p. 7.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 9.

Por su parte, la Suprema Corte aportó los siguientes argumentos en favor de la omisión legislativa: (2.1b) “Tampoco es óbice, lo señalado por el Congreso y Gobernador, ambos del Estado de Oaxaca, en el sentido de que en el presente caso, se debe consultar a los pueblos indígenas del Estado para la emisión de la reforma legal a la que está obligado, y que por ello, no le es posible la emisión de la Ley relativa; (- -)”.<sup>128</sup>

El razonamiento del párrafo inmediato anterior constituye una desvalorización del peso de los argumentos esgrimidos por las autoridades de Oaxaca relacionado con la invocación del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, haciendo hincapié en la función de legalidad que sigue influyendo en las sentencias de la Corte, privilegiando la formalidad sobre la realidad pluricultural del Estado.

Aunado a ello, es importante lo referido por Luis Enrique López que señala: “Sorprende que ni la lengua propia ni el recurso a contenidos de las culturas minorizadas sean considerados como factores o variables que intervienen en las escuelas eficientes en el Tercer Mundo, el que, como se sabe, constituye un contexto predominante multilingüe y pluricultural”.<sup>129</sup>

Por lo que se realizó una desproporcionalización del principio de autodeterminación de los pueblos consagrado en el artículo 2 inciso A de nuestra Constitución, al tratar de homologar el criterio prevalente respecto a la reforma educativa, lo cual ha desembocado en problemas políticos y jurídicos.

Consiguientemente, la Suprema Corte fija su postura respecto a la emisión del ordenamiento respectivo en relación de que (2.2b) “a la fecha de resolver la presente controversia constitucional, no ha sido expedida por la legislatura local la ley estatal que reglamente la materia educativa, cuyo marco

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 59 y 60.

<sup>129</sup> López, Luis Enrique, “La eficacia y validez de lo obvio: lecciones aprendidas desde la evaluación de los procesos educativos bilingües”, citado en Muñoz Cruz, Héctor, “La diversidad de las reformas educativas interculturales”, *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, México, número 2, mayo de 2002, consultado el día 23 de mayo de 2017 en <http://redie.uabc.mx/vol4no2/contenido-cruz.html>, p. 4.

normativo deberá estar armonizado con la reforma constitucional, es evidente que es existente la omisión de que se acusa a los demandados”.<sup>130</sup>

De aquí se desprende el señalamiento de la Corte en donde insta la omisión legislativa del Congreso Local y del Gobierno de Oaxaca, sin realizar un juicio de ponderación exhaustivo para medir la complejidad de materializar la legislación por razones etnográficas, así como por lo referente a los requisitos formales de la reforma educativa.

## B. Análisis argumentativo de la controversia constitucional 38/14

### a. Modelo de diagrama de flechas de Manuel Atienza

Para el análisis de la presente controversia constitucional nos apoyamos en el diagrama de flechas propuesto por Manuel Atienza,<sup>131</sup> para de esta forma estudiar lo expresado por las autoridades concurrentes en el proceso constitucional, y de esta manera arribar a las razones que consideró la Suprema Corte para fijar el criterio de prevalencia actual.

La controversia constitucional se puede estudiar por medio del diagrama de flechas siguiente:

Este diagrama nos explica el proceso argumentativo desarrollado en la controversia constitucional, se puede apreciar las dos direcciones argumentativas, por un lado la representada por el Congreso Local y el Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca, en la otra línea la argumentación aportada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe hacer hincapié en el objetivo del presente modelo que “consiste en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Este flujo se puede representar mediante líneas (los pasos que no

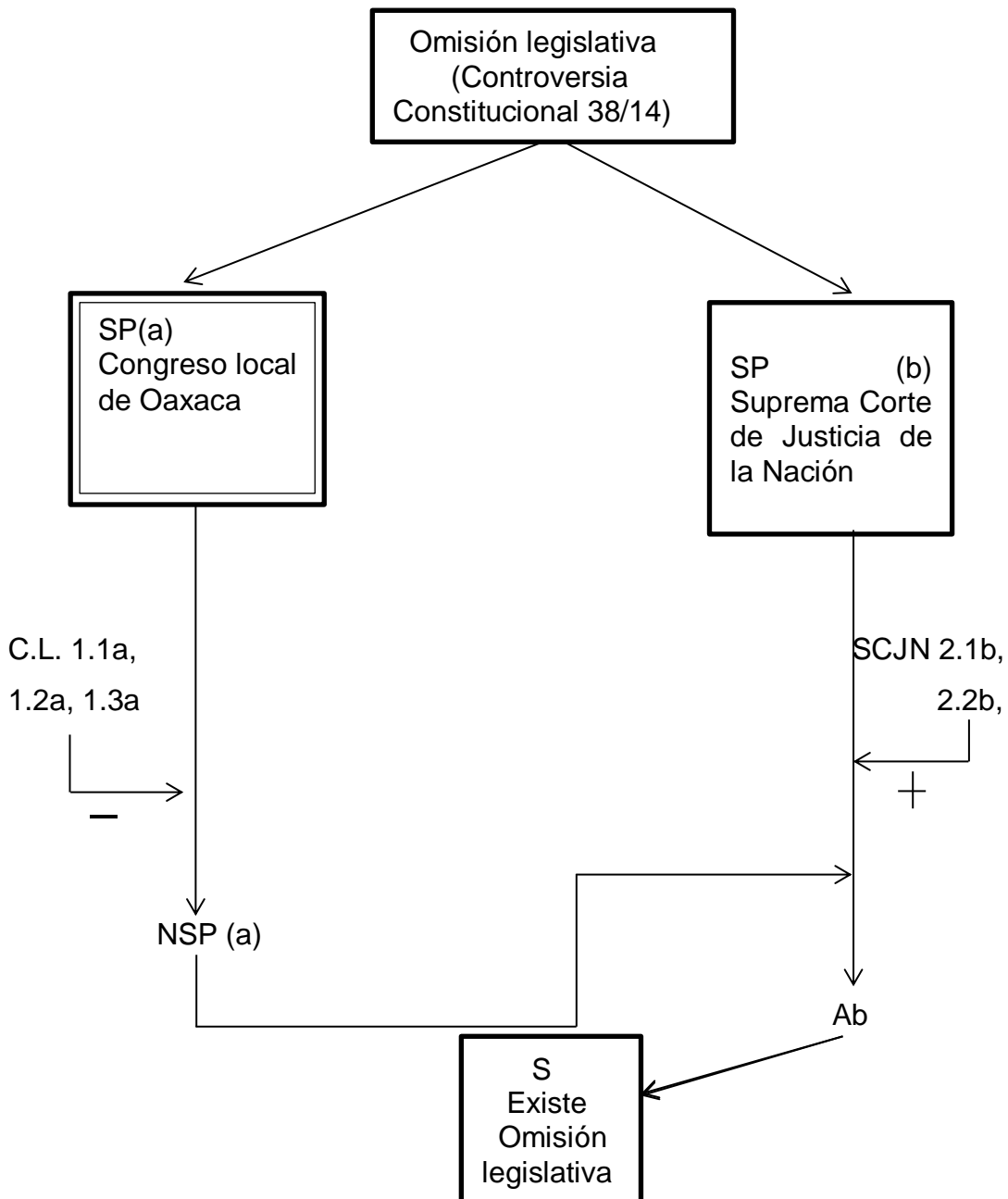
---

<sup>130</sup> Controversia constitucional 38/14, *óp. cit.*, p. 54.

<sup>131</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p.p. 424-429.

son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis”.<sup>132</sup>

En este sentido y dentro de la línea argumental del Congreso de Oaxaca, se puede advertir que los razonamientos de peso están marcados con un signo de menos (-), en la línea opuesta, la referente a la Corte por el contrario, identificamos un signo de más (+), lo que indica que estos argumentos tuvieron mayor influencia que cualquiera de los presentados.



<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 425 y 426.

También en la línea de la argumentación del Congreso de Oaxaca, seguido de sus razonamientos encontramos al abreviación NSP(a) que refiere a que el supuesto formulado por los demandados no tiene la suficiente fuerza argumentativa bajo la opinión de la Corte, así arribamos a la abreviación Ab, que señala la afirmación de (b), ósea, que lo referido por el máximo tribunal es el criterio a prevalecer.

Por último, la letra S refiere a la solución del asunto en estudio, en donde lo procedente fue declarar la existencia de una omisión legislativa por parte del Congreso Local y del Poder Ejecutivo de estado de Oaxaca, por lo que bajo este esquema se identifican los razonamientos esenciales que dieron cuerpo a la controversia constitucional.

De esta manera, se advierte que la inclinación de nuestro máximo Tribunal se enfocó en sacar adelante lo relativo a la reforma educativa, por consiguiente declaró la omisión legislativa del Estado de Oaxaca, sin tomar en cuenta lo relativo a los usos y costumbres, lenguas y delimitaciones territoriales, por lo que consideramos que la valoración expuesta carece de una exhaustividad adecuada respecto a los factores antes mencionados.

Dentro de este panorama argumentativo citamos las reflexiones elaboradas por Héctor Muñoz Cruz en el sentido de que: “Tal vez uno de los mayores retos de la educación sea el de dar sustento concreto a las necesidades y expectativas de las alteridades étnicas y sociolingüísticas en las prácticas educativas”.<sup>133</sup>

A manera de conclusión, referimos que las reformas educativas deben atender las exigencias y necesidades de los grupos étnicos, derivado de un respeto al principio de autodeterminación consagrado en el texto fundamental, realizando un ejercicio ponderativo que permita establecer el escenario adecuado para la emisión de leyes justas y adecuadas a su entorno pluricultural.

## *2. Legislación en materia educativa del Estado de Michoacán*

---

<sup>133</sup> Muñoz Cruz, Héctor, *óp. cit.*, p. 18.

### A. Estudio del marco argumentativo sobre legislación en la materia

La presente controversia se centra en los conceptos de invalidez primero, tercero y cuarto, donde el Poder Ejecutivo Federal exige la desarticulación de la Ley de Educación para el Estado de Michoacán en lo referente al artículo 34 que otorga facultades de evaluación docente al Estado de Michoacán (primer concepto de invalidez), artículo 139 que determina la invocación de leyes federales y tratados internacionales en materia de educación (tercer concepto de invalidez) y el noveno transitorio que fija la aplicación supletoria de los ordenamientos generales en materia educativa (cuarto concepto de invalidez).

En este escenario, el Congreso del Estado de Michoacán en relación al primer concepto de invalidez expresó: “se destaca que conforme a lo establecido en el artículo 44, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo, el Congreso del Estado, es competente para legislar en materia educativa”.<sup>134</sup>

El artículo 44 de la Constitución Política de Michoacán instituye la facultad del Congreso de legislar en todas las ramas que sean consideradas de su competencia, sin embargo dicho numeral no especifica lo referente a la materia educativa, por lo que esta apreciación hace del razonamiento una falacia de la equivocación, por realizar una interpretación errónea del precepto, es decir, el uso del artículo en un sentido distinto al que realmente equivale.

Dentro del tercer concepto de invalidez contrargumenta la legislatura de Michoacán que “no le asiste la razón a la parte actora cuando afirma que el legislador local no puede establecer la posibilidad de aplicar normas internacionales o federales para regular una materia concurrente como el servicio profesional docente, en virtud de que el Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional”.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Controversia constitucional 39/14, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 01 de octubre de 2015, p. 16.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 18.

La pretensión de la legislatura de Oaxaca refleja un apoyo en lo establecido por normas internacionales en la materia, de esta forma podrá lograr la protección de supra ordenamientos que le permitan cuestionar lo relativo a la reforma educativa pronunciada en el nivel federal en caso de que esta no alcance los propósitos materiales para los que fue creada.

Por último dentro de esta esfera argumentativa y relativa al cuarto concepto de invalidez, el Congreso de Oaxaca expresa que: “no vulnera atribución alguna de la Federación la circunstancia de que en el artículo transitorio impugnado, se establezca la supletoriedad de la legislación general, o Federal, pues es precisamente ésta la fuente de la que emanan los principios generales del derecho, (- -)”.<sup>136</sup>

El razonamiento de la autoridad demandada se apoya en la supletoriedad de la ley, pero sin ser correcto por el hecho de que se considera a la reforma educativa simplemente como una directriz, sin embargo en base a un argumento genético, se deben expedir normas acordes a la reforma y no leyes aisladas que la contravengan.

En estas condiciones es importante señalar los argumentos expuestos por el máximo tribunal, quien en todo momento respalda la postura tomada por el Ejecutivo Federal, destacando en relación al primer concepto de invalidez lo siguiente: “tratándose del servicio profesional docente, es una competencia exclusiva de la Federación, por lo que, de ninguna manera las legislaturas locales podrán regularlo”.<sup>137</sup>

Es clara la invocación del principio competencial al que invoca la Suprema Corte en lo relativo a la expedición de leyes en materia educativa, dejando sin posibilidades a los Estados de formular consideraciones pertinentes en razón de su territorio, lenguas, usos y costumbres, lo que puede representar un deterioro de la soberanía de los entes federados.

A propósito, es interesante analizar la percepción de la dualidad en el Derecho expresada por Ackerman, quien “parece darle la razón a Hamilton

---

<sup>136</sup> *Ídem.*

<sup>137</sup> *Ibídem*, p. 41 y 42.



cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no sólo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, (- -).<sup>138</sup>

De ésta forma, se entiende que toda reforma debe ser integral, esto significa que en el caso de la educación se deben tomar en cuenta las recomendaciones de los Estados para construir un cambio sólido que permita superar los obstáculos y atender todas las necesidades que definen a cada uno de los gobiernos locales.

Dentro del tercer concepto de invalidez la Suprema Corte pronunció:

(- -) el artículo 139 de la Ley de Educación para el Estado de Michoacán de Ocampo, sí invade la esfera competencial federal, (- -), con la pretensión de que en las evaluaciones de desempeño de los docentes, se observen “los principios y derechos que les confieren a los trabajadores de la educación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes que de ella emanen y los Tratados Internacionales”, (- -).<sup>139</sup>

Es cuestionable el alcance de las palabras pronunciadas por nuestro máximo tribunal, al considerar la reforma educativa superior a cualquier derecho que pueda ser aplicado a los trabajadores al servicio de la educación, incluso los fundados en tratados internacionales, por lo que estamos en presencia de una restricción de los derechos docentes.

En lo que respecta al cuarto concepto de invalidez, nuestra Corte Suprema apoyando los razonamientos vertidos por el Ejecutivo Federal resolvió:

(- -) un orden estatal no puede determinar la posible aplicación supletoria de una ley general, toda vez que esto implica que es dicho orden local el que define la aplicación de una ley general emitida por la Federación en facultades concurrentes, lo que vulnera la atribución federal de

---

<sup>138</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit.*, p. 167.

<sup>139</sup> Controversia constitucional 39/14, *óp. cit.*, p. 102.

distribución de competencias educativas en términos de los artículos 30 y 73, fracción XXV, constitucionales.<sup>140</sup>

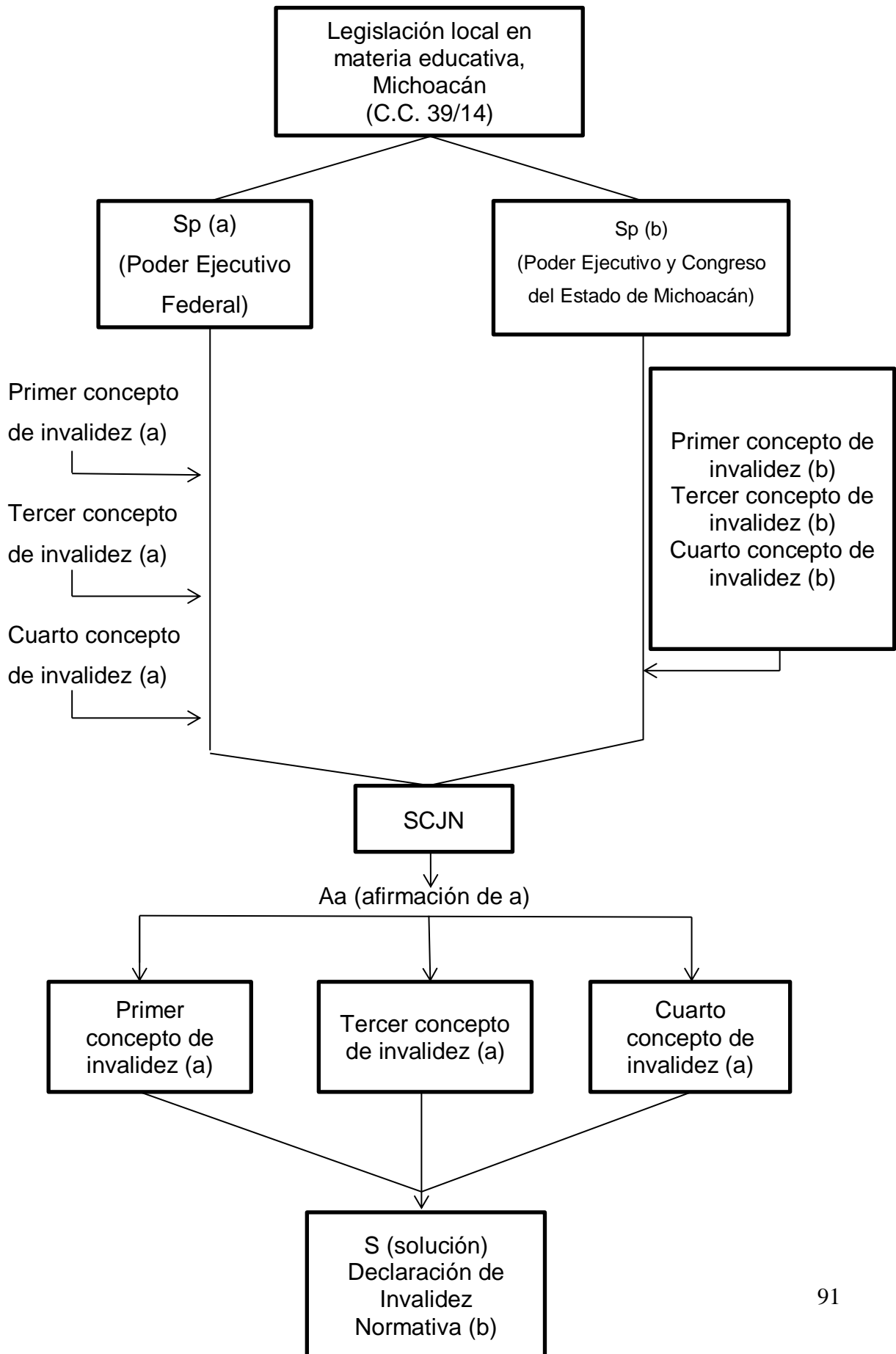
El razonamiento de la Suprema Corte se apoya en un argumento de autoridad, así como en el principio de jerarquía normativa y competencial, donde la prevalencia de las leyes federales sobre las locales en la materia es evidente, prevaleciendo las facultades exclusivas del Congreso de la Unión, lo que es cuestionable desde el punto de vista de construir un marco legal sólido que tome en cuenta a los Estados.

---

<sup>140</sup> *Ibídem*, p. 103.

B. Análisis argumentativo de la controversia constitucional 39/14

a. Modelo de diagrama de flechas de Manuel Atienza



La controversia constitucional 39/14, se puede analizar bajo el diagrama de flechas formulado por Manuel Atienza,<sup>141</sup> aunque con un enfoque distinto al estudiado con anterioridad, se propone el análisis de la argumentación en base a los conceptos de invalidez que tuvieron mayor peso dentro del proceso argumentativo.

De esta forma podemos arribar al diagrama respectivo:

En el diagrama de flechas aportado por Manuel Atienza nos encontramos en un principio con el objetivo de identificar las líneas argumentativas pronunciadas, por un lado (izquierdo) la del Poder Ejecutivo Federal quien presento la presente controversia constitucional, y por el otro (línea derecha) los razonamientos emitidos por el Poder Ejecutivo y el Congreso local del Estado de Michoacán.

Es oportuno explicar que “el esquema está pensado partiendo de un tipo característico de argumentación jurídica, la justificación judicial, pero es suficientemente flexible como para, a partir de ahí, poder extenderlo (con alguna que otra modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas”.<sup>142</sup> De esta forma, tener mayor alcance en el estudio del marco argumentativo revelado.

Prosiguiendo con el estudio del diagrama de flechas, nos encontramos que ambas líneas argumentativas desembocan en la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien después de realizar un estudio de fondo termino en conclusión la afirmación del supuesto formulado por el Poder Ejecutivo Federal (Aa).

Consecuentemente, se arriba a la conclusión de declarar la invalidez de los artículos los artículos 34, 139 y noveno transitorio de la Ley de Educación para el Estado de Michoacán, respaldando lo estipulado por la reforma educativa del 2013, y de la cual se siguen presentando problemas de carácter político y social por las inconformidades que se han manifestado en numerosas ocasiones.

---

<sup>141</sup> Atienza, Manuel, “Curso de argumentación...”, *cit*, p.p. 424-429.

<sup>142</sup> *Ibíd*em, p. 427.

A manera de reflexión, decimos que si bien es cierto que los Estados no tienen competencia alguna para legislar en materia educativa porque así lo estableció la reforma discutida, también lo es que se debió tomar en cuenta a todos los Estados, dado que existen diferencias sustanciales que condicionan la aplicabilidad de la enmienda constitucional por razones políticas, sociales y culturales.

### III. DERECHO A LA PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

#### 1. *Almacenamiento de datos personales en materia de telecomunicaciones*

##### *A. Estudio del marco argumentativo sobre almacenamiento de datos*

El presente estudio deriva del amparo en revisión 964/15 el cual estriba sobre la validez de los artículos 189 y 190 fracciones I, II y III de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que nos habla sobre el almacenamiento de datos por parte de los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, así como de otorgar dicha información a las autoridades competentes en caso de que así lo requieran.

Para entender de manera precisa la argumentación respectiva es necesario hacer un estudio de los diferentes principios normativos involucrados de manera directa, bajo esta premisa y dentro del primer agravio se impugnó la validez del artículo 189 de la ley mencionada por contraponerse a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

De esta manera la Suprema Corte estatuye que:

(- -) respecto a la obligación con la que cuentan los concesionarios o autorizados de "entregar los datos conservados a las autoridades (- -), se considera que tal mandato no vulnera los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica, en tanto delimita la entrega de los datos conservados (- -), únicamente a las autoridades competentes "en los términos que establezcan las leyes", (- -).<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Amparo en revisión 964/15, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 04 de mayo de 2016, p. 29.

De la cita inmediata anterior se estima la relación que realiza la Corte de los numerales 189 y 190 fracción II de la ley en la materia, en donde si se hace un análisis comparativo,<sup>144</sup> desemboca en la obligación de entregar información a la autoridad de procuración de justicia, por otra parte, el último de los numerales establece una categoría de datos a los que podrá acceder la autoridad, consistiendo en una interpretación sistemática que otorga validez al precepto impugnado a juicio de la Corte.

En relación a la fracción I del artículo 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Suprema Corte insiste en que se “cumplimenta con las exigencias de los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues delimita el actuar de la autoridad y prevé la manera en que se deberá llevar a cabo la referida colaboración entre autoridades, los concesionarios y autorizados conforme a los lineamientos que emita el referido Instituto”.<sup>145</sup>

De lo expresado en el párrafo anterior consideramos que se lleva a cabo una interpretación sistemática e incluyente, puesto que dicho artículo enuncia la obligación de cooperación por parte de los concesionarios en favor de la autoridad, refiriendo a su complementación con los demás artículos que sean aplicables de manera concurrente.

En relación a la fracción II del artículo 190, arguye el máximo tribunal a que “se cumplimenta con los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues contiene las salvaguardas necesarias para evitar el ejercicio arbitrario o caprichoso de la autoridad, al tiempo que dota de certeza jurídica a los gobernados respecto del ejercicio de dicho almacenamiento de información”.<sup>146</sup>

La interpretación del artículo 190 fracción II se reduce a la valoración discrecional por parte de la autoridad procesadora, dado que aunque el numeral comentado inflige la información que se podrá proporcionar, lejos de ser una medida de control se convierte en facultades para invadir y transgredir los derechos de seguridad jurídica y legalidad en perjuicio de la población.

---

<sup>144</sup> Cfr. Artículos 189 y 190 fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2017, p. 77 y 78.

<sup>145</sup> Amparo en revisión 964/15, *óp. cit.*, p. 26 y 27.

<sup>146</sup> *Ibídem*, p. 28.

Por último, la Suprema Corte refiere que “la fracción III del artículo 190 contiene reglas claras y detalladas respecto de la entrega de información personal, lo que en consecuencia, permite que la actuación de la respectiva autoridad se encuentre limitada y acotada, de tal manera que la posible afectación a la esfera jurídica de los gobernados no resulta caprichosa o arbitraria”.<sup>147</sup>

De esta afirmación se desprende una falacia de la equivocación, en vista de que si se estudia el artículo 190 fracción III de la ley debatida, encontramos que solo hace mención a la entrega de información en base a ciertas atribuciones de manera genérica, lo que puede traducirse en un exceso en las facultades del organismo procurador de justicia, donde los derechos en favor de la sociedad se ostentan vulnerables.

Por otro lado, y respecto a la protección de datos personales y la vida privada el amparo en revisión refiere que “las excepciones o limitaciones del derecho humano a la protección de datos personales resultan permisibles en el Estado mexicano, siempre y cuando se establezcan en los “términos que fije la ley”, y por “razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.<sup>148</sup>

Nos percatamos aquí de otra de las restricciones a los derechos humanos, en este caso al relacionado con los datos personales y la vida privada, una interpretación sistemática que busca dotar de validez constitucional a una medida que si bien puede ser oportuna para la persecución de los delitos graves, al mismo tiempo puede resultar excesiva, arbitraria y discrecional por parte de la autoridad investigadora.

En estas circunstancias la tendencia global sobre el principio de privacidad y protección de datos personales parece obedecer a un estándar genérico que estima que “los usuarios tienen derecho a la privacidad de sus

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 38.

datos y a la no intervención de sus comunicaciones, salvo que exista una orden de la autoridad competente”.<sup>149</sup>

Se robustece la inclinación proporcionada por la Suprema Corte en el sentido de la restricción del derecho de privacidad y protección de datos personales, quien atendiendo a los lineamientos doctrinales fija los requisitos para su debida intervención, mismos que deberán ser cubiertos por la autoridad que lo solicita.

En esta tesitura nuestro máximo tribunal señala estos cuatro elementos para su validez, “es suficiente que: (I) se encuentren contenidas en ley; (II) persigan un fin constitucionalmente válido; (III) que dicha medida legislativa sea instrumentalmente apta para alcanzar esa finalidad; y (IV) que resulte proporcional”.<sup>150</sup>

Es oportuno lo señalado en los requisitos que como mínimo deben contener las medidas de solicitud de información a los concesionarios, sobre todo si se cumplen de la mejor manera posible, respetando una debida ponderación entre la validez de la medida y el derecho de privacidad de las personas.

También el tribunal en Pleno realiza una interpretación conforme para arribar a la constitucionalidad de la medida en el sentido de que “tales principios se encuentran restringidos, por razones de seguridad pública, lo que significa que se trata de una de las excepciones propiamente reconocidas en la Constitución en el ejercicio del derecho a la protección de datos personales”.<sup>151</sup>

Derivando en un argumento de autoridad se advierte que nuestro máximo tribunal justifica el uso de la facultad para la petición de información a los concesionarios y prestadores del servicio en medidas restrictivas en derechos humanos que establece la ley fundamental, sin embargo carece de un ejercicio ponderativo pertinente que establezca los límites de la atribución que otorga la Ley Federal de Telecomunicaciones.

---

<sup>149</sup> Álvarez González, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Porrúa, 2008, p. 128.

<sup>150</sup> Amparo en revisión 964/15, *óp. cit.*, p.39 y 40.

<sup>151</sup> *Ibídem*, p. 42.



Por último, existe una causal de exclusión para que la información recabada no influya en la decisión del juez, por lo que “carecerán de valor probatorio aquellas pruebas derivadas del uso de los datos de telefonía retenidos si la entrega de la información no se realizó previa autorización judicial en los términos que se dio cuenta”.<sup>152</sup>

Considerada como una condición de refutación a la validez de los artículos 189 y 190 fracciones I, II y III de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Corte fija un parámetro de legalidad en el sentido de que se expida una orden judicial que determine la necesidad de la solicitud de información, lo que se deberá traducir en una práctica legal para que realmente pueda regularse esta situación y evite la afectación de derechos.

En este contexto Rafael Vázquez Bautista refiere que “Ir más allá, conociendo el contenido de la comunicación realizada sin el consentimiento del afectado o sin la previa autorización judicial, está tipificado como delito (- -)”. La LGT obliga a los operadores a adoptar las medidas técnicas necesarias para garantizar el secreto de las telecomunicaciones (- -).<sup>153</sup>

Se advierte que el uso desmedido del almacenamiento de datos con fines adversos a los estipulados en la normativa de telecomunicaciones, representará una conducta que podrá ser invocada como agravio respecto a la vulneración de derechos como el de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones, lo que se tendrá que analizar en los casos concretos.

## B. *Análisis argumentativo del amparo en revisión 964/15*

### a. Método estructural y de contenido argumentativo

Para realizar el análisis argumentativo correspondiente, utilizaremos el esquema de Graciela Fernández Ruiz,<sup>154</sup> para de esta forma estar en posibilidades de analizar pormenorizadamente los razonamientos vertidos por

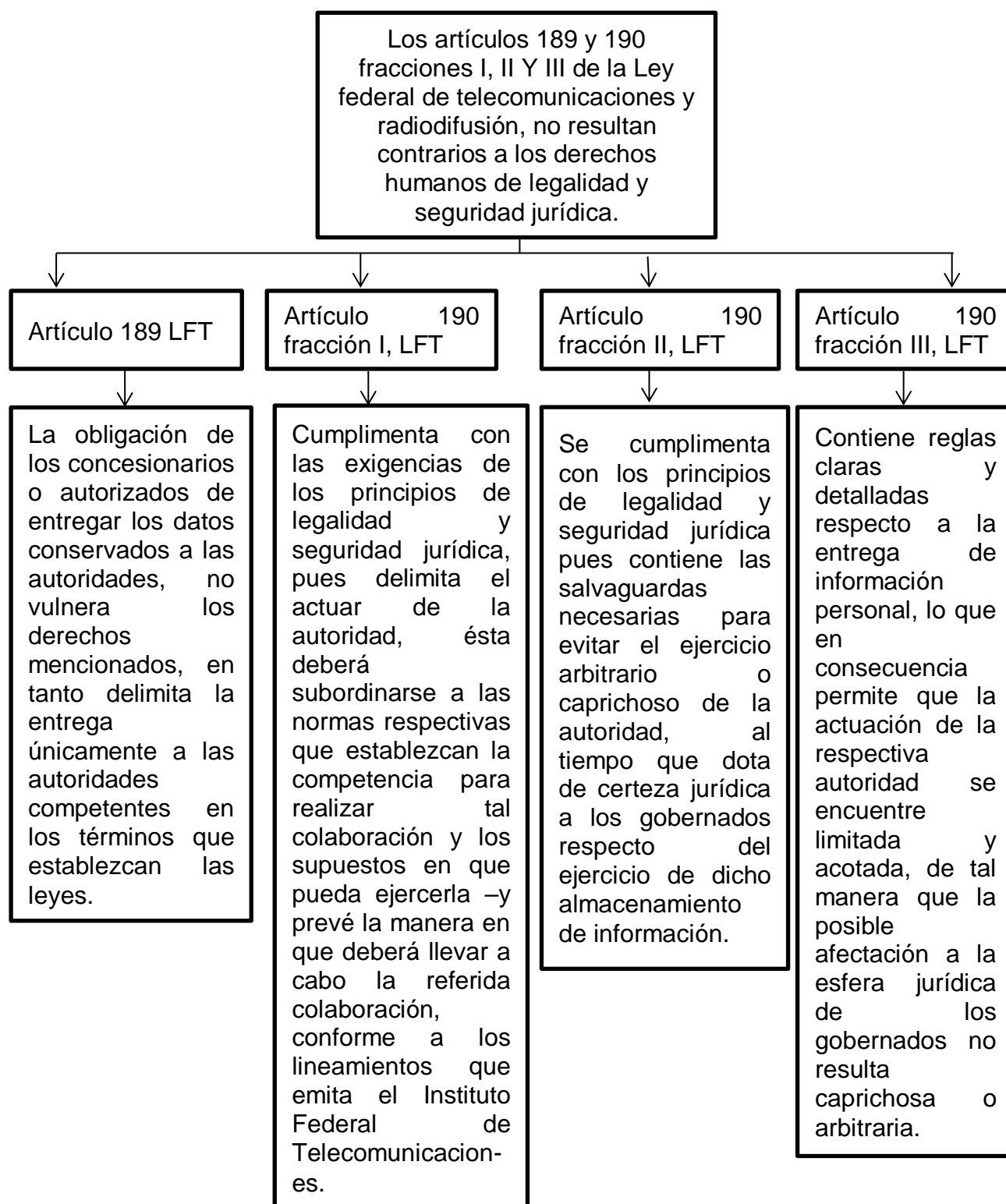
---

<sup>152</sup> *Ibíd.*, p. 75.

<sup>153</sup> Velázquez Bautista, Rafael, *100 interrogantes fundamentales en derecho de tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Madrid, Colex, 2004, p. 53.

<sup>154</sup> Fernández Ruiz Graciela, *óp. cit.*, p.p. 151-222.

nuestro máximo tribunal, de esta forma llegamos al esquema estructural argumentativo relativo al principio de legalidad y seguridad jurídica:



En cuanto al esquema estructural argumentativo encontramos la existencia de un argumento principal que otorga legalidad a los artículos 189 y 190 fracciones I, II y III de la Ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión,

considerándolos que no resultan contrarios a los principios de legalidad y seguridad jurídica, derivado de ello nos encontramos con la existencia de cuatro subargumentos, cada uno perteneciente a los artículos y las fracciones combatidas a través del amparo en revisión, lo cual sirve de apoyo o sustento al argumento principal.

Del análisis respectivo se desprende que:

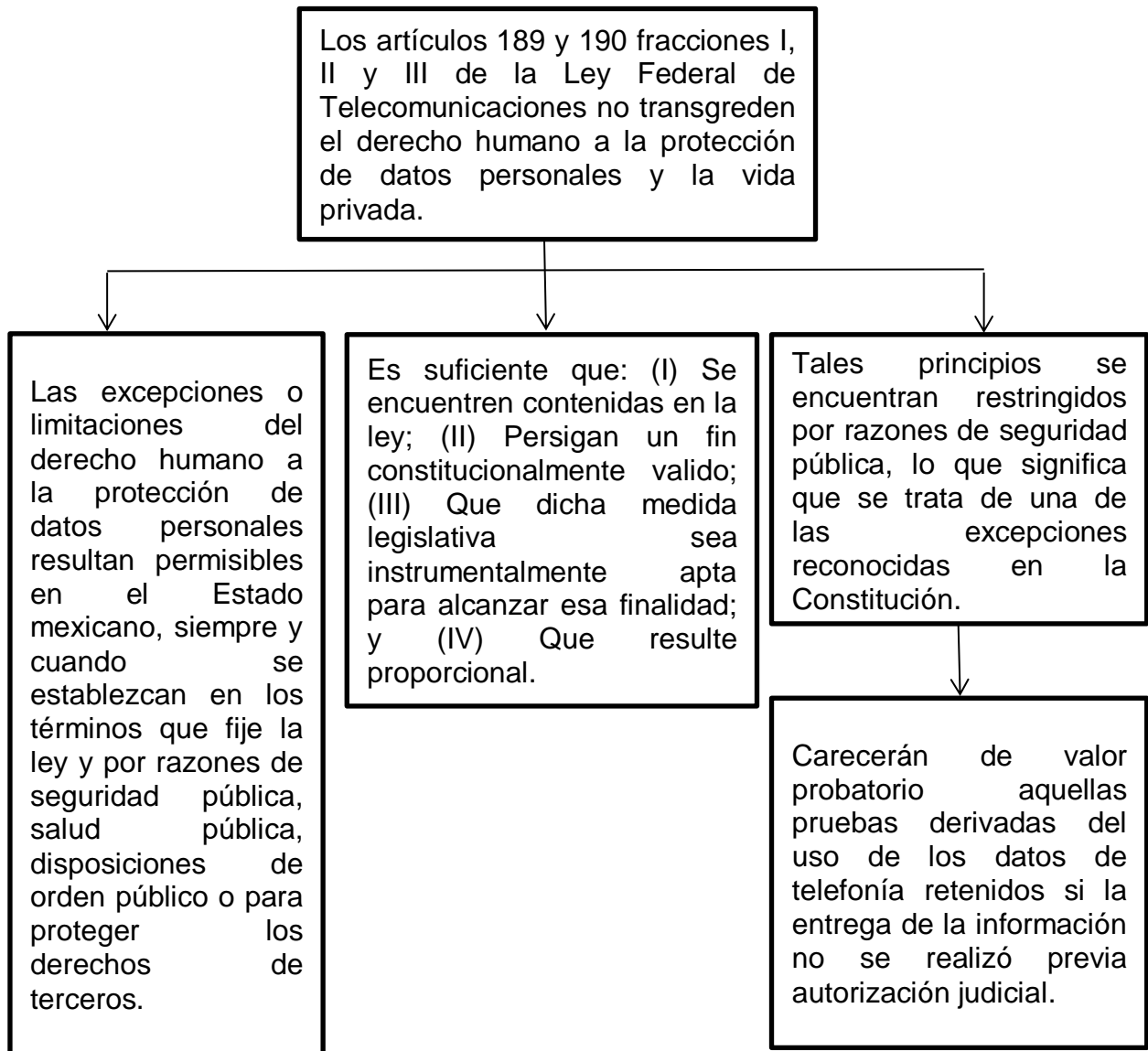
La obligación que tienen los prestadores de servicios de telecomunicaciones es una actividad ponderativa entre el mandato que establece la ley y el derecho de los usuarios, por lo tanto, la línea divisoria de no vulneración a los mencionados derechos es estrecha, aun existiendo una orden judicial ésta por sí sola no garantiza dichos principios, la actuación de las autoridades debe ser sometida a mejores parámetros de legalidad y seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica y legalidad se ve condicionado desde que los concesionarios pueden tener acceso a un registro personal de la información de los usuarios, lo ideal sería que no se conserven registros sino solamente en el caso de que ciertas circunstancias lo exigieran de las personas que se encuentran bajo investigación fundada y motivada, no sobre el resto de la población como una fuente de datos pública.

No es posible la garantización del principio de certeza jurídica para los gobernados confiando en el desempeño que las autoridades tienen sobre el libre acceso a su información personal, el manejo de datos clasificados puede generar prácticas asociadas a fines ilícitos, algo que es una grave afectación a la esfera jurídica del afectado, aún desde el punto de vista del indiciado.

La discrecionalidad se presenta en el manejo de información de datos personales, tanto por los concesionarios como por la autoridad, dado que ambos en coadyuvación pueden decidir los mecanismos o procesos por los cuales obtienen los fines que persiguen, el poder que da la información respecto de una persona es invaluable e insometible a un parámetro de legalidad por los principios que lleva inmersos.

En cuanto al esquema estructural argumentativo del principio de protección de datos personales y la vida privada:



El esquema estructural relacionado con los principios de protección de datos personales y la vida privada consta con la declaración de constitucionalidad de los artículos 189 y 190 fracciones I, II y III de la Ley Federal de Telecomunicaciones, su conformación es de un argumento principal, respaldado por tres subargumentos y por un argumento derivado.

Del análisis de los mismos se desprende:

La medida que permite el almacenamiento de datos e investigación de la vida privada, debe ser correctamente ponderada en razón de que es una

restricción facultada en la Constitución, la valoración que emita en primer término la Procuraduría y en segundo lugar la autoridad judicial serán los factores que determinarán su efectividad y por ende su comprobación como adecuada.

Tratándose de principios sensibles como el de la vida privada, el mecanismo puede resultar excesivo en razón del grado de invasión de la esfera jurídica del indiciado, dado que la información que no tenga relación directa con la investigación puede ser manipulada para complementar la acción respectiva, por lo que no garantiza que la medida sea aplicada de manera ideal.

Por último, se otorga una garantía para los gobernados en el sentido de que la autoridad judicial será quien decida si la medida se debe aplicar en contra de algún individuo determinado, la cual puede ser invocada como afectación de garantías en materia procesal, sin embargo no exige una reparación del daño en caso de ser absuelto, la vida privada es un derecho invaluable.

## *2. Prohibición para la entrega de información*

### *A. Estudio del marco argumentativo sobre entrega de información*

En cuanto al tema del condicionamiento o restricción por parte de la Procuraduría General de la República para entregar información a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, es pertinente realizar el análisis argumentativo desde el método aportado por Stephen Toulmin<sup>155</sup> para de esta forma examinar los razonamientos emitidos por el máximo tribunal en la presente acción de inconstitucionalidad.

Siguiendo el esquema de Toulmin comenzaremos por estudiar la pretensión de la sentencia constitucional respectiva, así nos encontramos con que “la restricción contenida en el artículo 5, fracción V, inciso c), de la Ley

---

<sup>155</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del Derecho...”, *cit.*, p.p. 84-89.

Orgánica de la Procuraduría General de la República es constitucionalmente válida”.<sup>156</sup>

Pero, ¿De qué nos habla esta restricción?, esencialmente de la facultad que tiene la Procuraduría General de la República de otorgar información que considere trascendente en favor de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, bajo una valoración que permita considerar si dicha información es reservada a su criterio o no.

De esta forma, una de las principales razones que encuentra la falta de entrega de información es que “sólo se puede reservar cierta información cuando haya razones de interés público de por medio, (- -) la información relativa a la vida privada y los datos personales de los particulares debe ser protegida”.<sup>157</sup>

Nos encontramos con una forma de justificación externa por parte del Tribunal Constitucional de nuestro país, en donde la base principal es la debida protección de los datos personales y la preservación del interés público, considerado este último como un derecho superior en relación a la obligación de proporcionar información al órgano autónomo.

Otra de las razones encontradas en la sentencia constitucional es en el sentido de que con esta medida la Procuraduría General de la República podrá lograr “el objetivo de salvaguardar la correcta integración de la averiguación previa y la seguridad de las personas”.<sup>158</sup>

Con esta razón se intenta proteger la investigación y resguardar información considerada fundamental, así como asegurar datos personales que pueden ser utilizados incorrectamente si caen en manos equivocadas, por ende, nos encontramos con un argumento apoyado en la discrecionalidad en vista de que la procuraduría será quien decida cuando y como entregar la información solicitada.

---

<sup>156</sup> Acción de inconstitucionalidad 49/09, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 09 de marzo de 2010, p. 49.

<sup>157</sup> *Ibídem*, p. 51.

<sup>158</sup> *Ibídem*, p. 61.

Dentro de las garantías que se ofrecen para sostener la pretensión de validez constitucional del precepto nos encontramos con que “(- -) esta valoración debe estar debidamente fundada y motivada, según lo ordena el artículo 16 constitucional. (- -) es indispensable que se plasmen los motivos por los cuales niegue, en su caso, determinada información a la Comisión”.<sup>159</sup>

Identificamos la existencia de un argumento principialista que invoca las garantías de legalidad y seguridad jurídica, en caso de negar la información solicitada la Procuraduría tendrá que expresar los artículos en que se apoya y las razones que expliquen y justifiquen su determinación, de lo contrario podremos invocarlo como una causa de refutación que incidirá en la inconstitucionalidad del precepto.

Dentro del respaldo en que se apoya la resolución de la Corte tenemos que “la restricción contenida en el artículo combatido es razonable y, por lo tanto, no adolece de inconstitucionalidad. Para demostrar esta afirmación, debe atenderse lo dispuesto en los artículos 6º, 16 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>160</sup>

Así, de una interpretación conforme y sistemática encontramos que la Suprema Corte rescata la constitucionalidad del precepto impugnado respaldándose fundamentalmente en el contenido constitucional y en relación a la aplicación de la restricción ésta siempre deberá realizarse desde una óptica acorde al ordenamiento jurídico mexicano y sobre todo, que sea congruente con la Constitución.

Agregar que como causa de refutación podrá esgrimirse el hecho de que si la falta de entrega de información por parte de la Procuraduría en favor de la Comisión de Derechos humanos deriva de una falta de fundamentación y motivación adecuada, nos encontraremos en presencia de un ejercicio arbitrario, discrecional y excesivo de sus funciones, lo cual contraviene la esencia de la presente resolución.

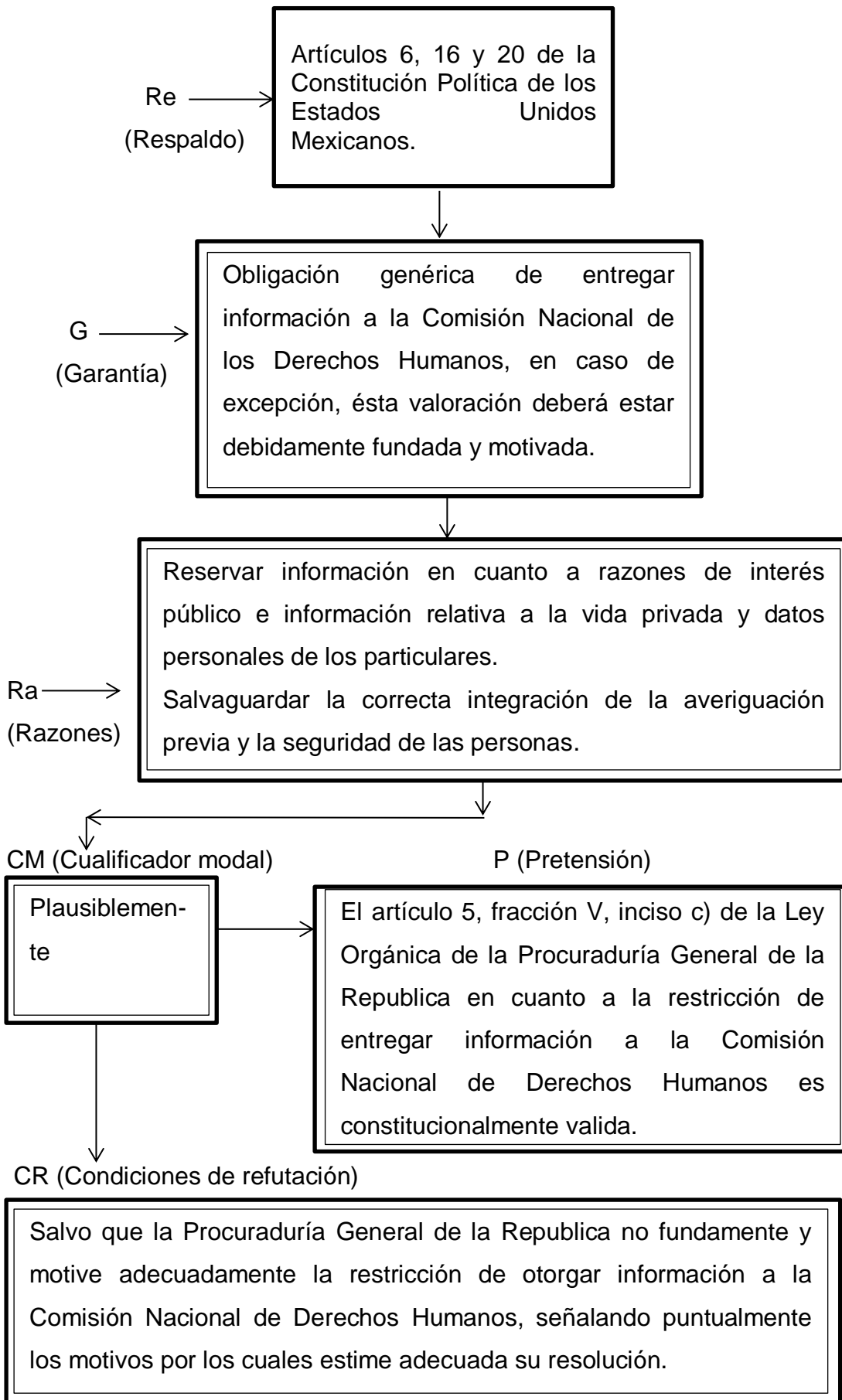
#### *B. Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 49/09*

---

<sup>159</sup> *Ibídem*, p. 64.

<sup>160</sup> *Ibídem*, p. 49.

a. Modelo de Stephen Toulmin





Se desprende que la prohibición en cuanto a la entrega de información por parte de la Procuraduría General de la República es permisible desde la óptica constitucional, consideramos que es una actividad discrecional por el hecho de fallar en su favor respecto de los casos que estime pertinentes, que en un principio tendrán que ver con el interés público y los datos personales.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos “no podrá realizar de manera eficiente su labor de protección de los derechos humanos, pues estará imposibilitada para determinar si dichas garantías son respetadas por las autoridades administrativas, lo cual disminuye las posibilidades de defensa de los gobernados”.<sup>161</sup>

Esta facultad puede operar en perjuicio de la población en tanto que no podemos considerar a la Procuraduría como un organismo con mayores facultades que las de la Comisión en este rubro, más bien deben fortalecerse las atribuciones del último de los mencionados y lograr mayor peso en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas.

El organismo autónomo establece la siguiente reflexión: “La cruenta lucha que hoy se libra en nuestro país por el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad pública, no puede ganarse a través de la opacidad y menos aun violando derechos humanos, al impedir a través de la restricción discrecional, (- -), el acceso a las pruebas necesarias para la determinación de si se han respetado o no los derechos humanos”.<sup>162</sup>

Para concluir, el ejercicio de la procuración de justicia es una garantía que debe ser resguardada por el órgano correspondiente, empero la relación de cooperación con un organismo de derechos humanos es una tarea que debe ser integral y no exclusiva dentro de un estado de Derecho, sin tratar de privilegiar el legalismo por encima de los principios fundamentales como el de acceso a la información y la seguridad jurídica.

---

<sup>161</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos impugna ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, consultado el día 01 de junio de 2017 en [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Cart\\_news/carta197.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Cart_news/carta197.pdf), p. 1.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 2.

#### IV. DISTINTOS TEMAS RELACIONADOS CON EL ANÁLISIS ARGUMENTATIVO

##### 1. *Libertad de expresión y protección de periodistas*

###### A. *Estudio del marco argumentativo sobre protección de periodistas*

El estudio correspondiente es el de los numerales 39 y 56 de la de la Ley para la Protección Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas del Distrito Federal, lo interesante dentro de lo referente a la argumentación jurídica estriba en la posición del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en su voto particular, contraponiéndose a lo decidido por la mayoría.

Del criterio adoptado por la Corte en cuanto al análisis relativo a la inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo tercero, se desprende:

(- -) el hecho de que la ley establezca como requisito para otorgar las medidas de protección acreditar (no sólo manifestar) el carácter de periodista, colaborador periodístico o persona defensora de derechos humanos, no vulnera los derechos de igualdad, la no discriminación, libertad de expresión ni el derecho a la información, ni constituye un requisito que obstaculice la obtención de la medida, ya que la propia ley precisa que para acreditar el carácter con el que se acude “basta remitirse a la labor que realizan”.<sup>163</sup>

Pronuncia la Corte que para aplicar las medidas de protección a los periodistas o auxiliares, deberán mencionar que pertenecen al gremio y que están en funciones, lo que se considera un argumento de coherencia a juicio de la Corte, partiendo del hecho de que si es una ley para regular la actividad periodística, el solicitante debe acreditar que desempeña dicha función.

Dentro del cuarto concepto de invalidez, la Corte argumenta que “el artículo 56 debe interpretarse en el sentido de que la solicitud que haga la persona beneficiaria para separarse del mecanismo deberá ser ratificada en lo posterior ante la Junta de Gobierno del Mecanismo, a fin de que éste pueda

---

<sup>163</sup> Acción de inconstitucionalidad 84/15, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 12 de enero de 2017, p. 40 y 41.

cerciorarse de la identidad de quien desiste y saber si preserva su propósito de no seguir con las medidas de protección solicitadas”.<sup>164</sup>

Del razonamiento expresado por la Suprema Corte se desprende un argumento de tipo psicológico o genético, por ende trata de encontrar el sentido que el legislador quiso plasmar en el significado del texto normativo, instituyendo el requisito de solicitar y ratificar el cese de la medida por parte del profesionista que ha recibido la protección.

Por otro lado, de lo expuesto por el ministro Zaldívar Lelo de Larrea en voto particular y en relación al tercer concepto de invalidez explica que el mecanismo de protección esta “dirigido únicamente a periodistas (- -) lo que resulta en la exclusión de ciertas protecciones a quienes no logran acreditar la calidad de “periodista”. (- -) “este mecanismo frustra la finalidad de la ley de brindar una protección efectiva a personas que pudieran estar en riesgo por virtud del ejercicio de su libertad de expresión, (- -)”.<sup>165</sup>

De lo expuesto por el ministro se identifica un argumento pragmático en el sentido de que la ley no logra arribar a su cometido, el cual consiste en proteger a los sujetos que intervienen en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, que en nuestra opinión no solo se debe dirigir a los periodistas, sino también a toda las personas que sean partícipes en la actividad periodística.

Prosigue el ministro Zaldívar refiriendo que “la protección a personas que pudieran estar en riesgo por virtud del ejercicio de su libertad de expresión no es un acto voluntario, sino una obligación del Estado Mexicano en términos del artículo 1º constitucional, que debe garantizarse siempre que exista un riesgo real en el desempeño de sus actividades”.<sup>166</sup>

Definitivamente, el problema central está relacionado con la protección de los periodistas y de todas las personas que hacen valer el derecho de libertad de expresión, el argumento principialista al que acomete el ministro de

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>165</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Voto particular en la acción de inconstitucionalidad 84/15”, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 12 de enero de 2017, p. 17.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 19.

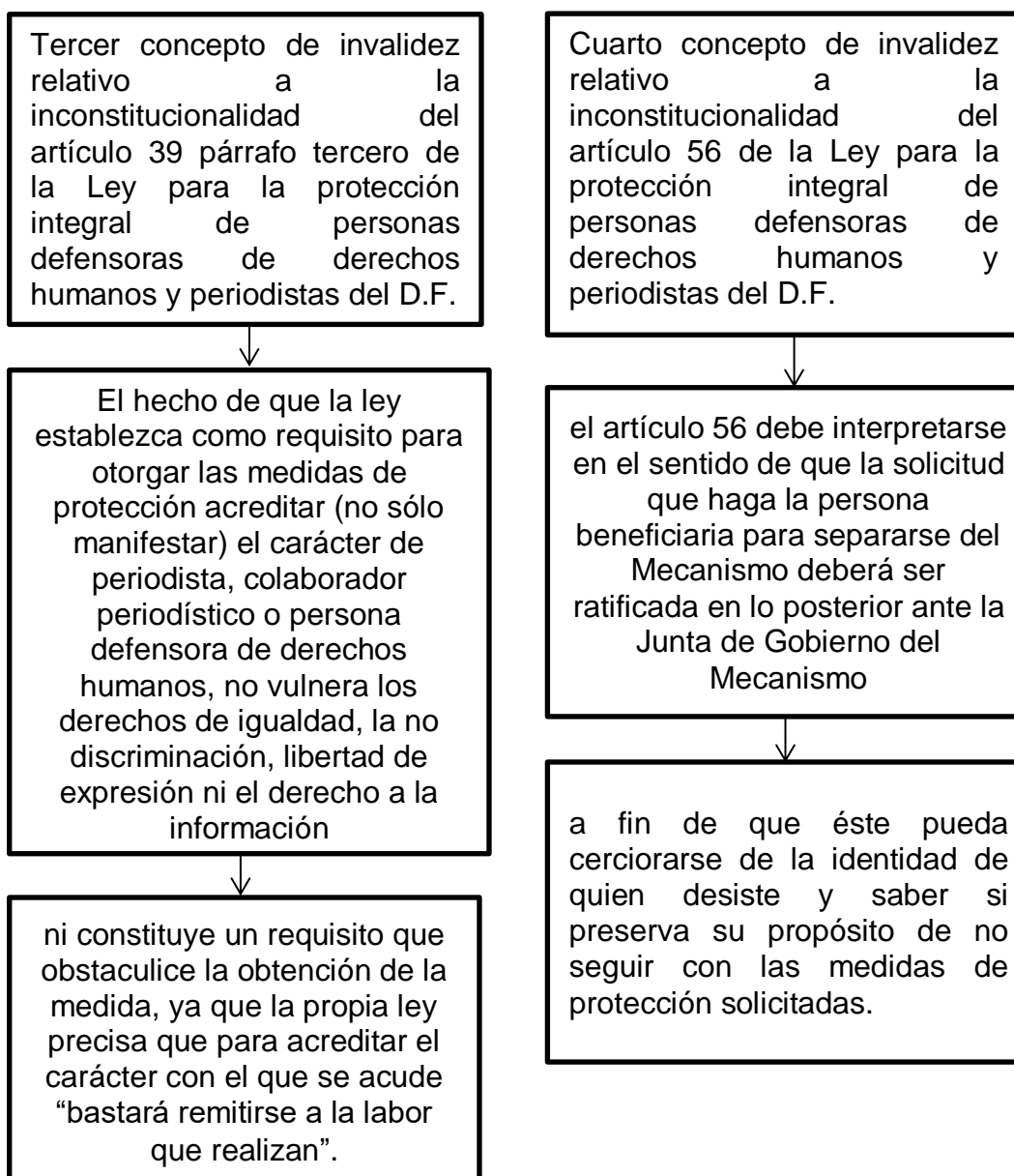
la Corte expande la percepción de la obligatoriedad de garantizar el respeto a los derechos humanos, lo que actualmente no se respeta en la realidad.

## B. Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 84/15

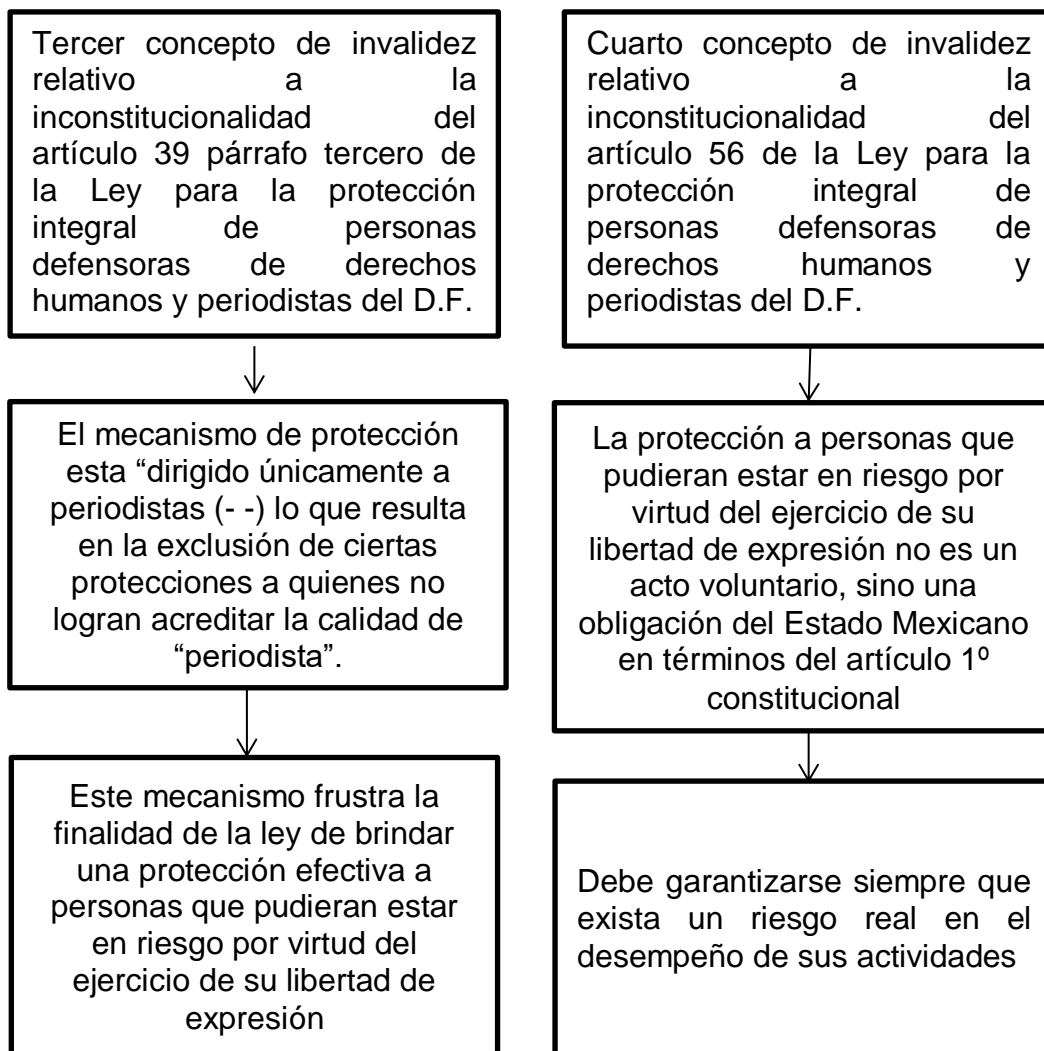
### a. Método estructural y de contenido argumentativo

Es preciso asentar que el análisis respectivo se realizará bajo el esquema estructural y de contenido argumentativo proveniente de los conceptos de invalidez tercero y cuarto de la presente acción de inconstitucionalidad, por un lado se fijará lo resuelto por la Suprema Corte, y por el otro, lo relativo al voto particular del ministro Zaldívar.

Dentro de los argumentos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resume:



En relación a los argumentos expuestos por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea podemos encontrar que:



De los diagramas argumentativos expuestos se desprende una confrontación respecto a las opiniones vertidas tanto del Pleno como del ministro que votó en contra, así podemos arribar a una comparación de ambas líneas argumentativas.

El análisis comparativo de las argumentaciones vertidas es el siguiente:

Dentro del tercer concepto de invalidez prevaleció el criterio de que la forma de acreditar la profesión de periodista es por medio de la remisión a la actividad que realizan, en contraposición tenemos la falta de alcance en la protección del principio de libertad de expresión hacia la ciudadanía que no puede acreditar dicho requisito, pero que pueden ser parte de un evento con estas incidencias.

Compartimos la opinión del ministro Zaldívar en el sentido de que la ciudadanía debe ser protegida bajo esta ley aunque su profesión no sea la del periodismo, en ocasiones pueden ser testigos o partícipes de la actividad directa o indirectamente, en muchas ocasiones se ven envueltos en circunstancias que pueden generar afectaciones reales a sus derechos.

Al respecto la Corte Interamericana “ha ordenado la protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que son identificables y determinables, y se encuentran en una situación de grave peligro. (- -), el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción”.<sup>167</sup>

En relación al cuarto concepto de invalidez, el Pleno de la Corte se encuentra interpretando una medida formal como lo es la solicitud y ratificación del cese de la medida protectora, lo cierto es como lo refiere el ministro Zaldívar que consiste en una garantización mayor del principio de libertad de expresión, que en todo momento debe encontrarse protegiendo a cualquier persona, lo cual nos parece acertado.

La actividad periodística debe ser regulada de forma acorde a la realidad y respetar en todo momento las recomendaciones vertidas por los destinatarios de la norma, garantizando en todo momento el derecho de libertad de expresión como una obligación impuesta al Estado y modificar sus directrices si materialmente se requiere.

En el plano material “la situación particular de la realidad histórica mexicana, no siempre ha sido la mejor plataforma para absorber y ejecutar estas disposiciones, las cuales se ven limitadas y obstruidas por cuestiones que van más allá del mero orden legal”.<sup>168</sup> Situaciones que necesariamente deberán ser superadas por la aplicación de la normatividad actual.

## 2. *Anatocismo o capitalización de intereses*

---

<sup>167</sup> García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, CIDH, 2007, p. 65

<sup>168</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El estado actual de la protección a la libertad de expresión en México*, México, Freedom house, 2015, p. 81.

### *A. Estudio del marco argumentativo sobre simulación contractual*

En relación a la contradicción de tesis 31/98, es interesante la argumentación vertida por la Suprema Corte en relación a la figura del anatocismo, o capitalización de intereses derivados de un contrato de crédito bancario, mismo que por su incumpliendo en el pago de intereses deriva en una situación incosteable para el deudor.

En un principio dentro del estudio de la contradicción de tesis se establece un primer rubro que insta la apertura de crédito adicional para el pago de intereses causados, pactada en el mismo instrumento o en otro por sí sola, no constituye simulación, es decir, que los contratantes acuerdan que realizan el acto jurídico sin que éste exista materialmente.

Atendiendo a esta premisa, encontramos que nuestro máximo tribunal declaró que no existe tal simulación por el hecho de en primer lugar “no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada intención de los contratantes en este sentido (- -),”<sup>169</sup> lo cual corroboraría un acuerdo de voluntad entre las partes y una obligación intransferible en perjuicio de otra persona, generando una operación única y exclusivamente entre los contratantes.

Este razonamiento se funda en un argumento de tipo teleológico por la razón de que apela al espíritu de la ley, encuadrado en el respeto por valores como el de no perjudicar a terceros o el de una voluntad legítima por parte de los contratantes, sin embargo, dicha situación puede generar que el acreditado realice tal operación en atención a una necesidad por no seguir acrecentando su adeudo.

Continuando con lo estipulado por la Corte mexicana tenemos que “no puede haber transgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones

---

<sup>169</sup> Contradicción de tesis 31/98, *Semanario judicial de la federación*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998, p. 291.

de Crédito, (- -) el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito (- -)".<sup>170</sup>

Identificamos que existe una interpretación sistemática que trata de justificar la operación realizada por los contratantes, otorgándole validez normativa con apoyo en un argumento *sedes materia*, revistiendo de significado a la figura de la no simulación de apertura de crédito adicional, pero en el mayor de los casos el acreditado no dispone del dinero por utilizarlo para pagar los intereses provenientes de su adeudo anterior.

De esta forma llegamos al tercer razonamiento emitido por la Suprema Corte y que refiere: "no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses; y si, por otra parte, coincide la realidad de los hechos con el pacto jurídico, del que aparece que el acreditado se obligó a efectuar pagos parciales con intereses, (- -)".<sup>171</sup>

Como se puede apreciar, la naturaleza del contrato de apertura de crédito adicional para el pago de intereses refiere al hecho de que efectivamente esa operación está destinada a reducir el adeudo generado por el deudor, lo que difícilmente podría encontrar lugar en otro supuesto, el razonamiento vertido obedece a la premisa *permitted quod non prohibetur*, que establece la permisión de celebrar el referido contrato sin limitaciones de tipo normativo.

#### B. Análisis argumentativo de la contradicción de tesis 31/98

En cuanto al estudio de la presente contradicción, proponemos el esquema estructural y de contenido argumentativo, centrándonos en los criterios prevalentes que han dotado de constitucionalidad al ejercicio de esta figura jurídica, el análisis se divide en tres rubros: a) el anatocismo como una forma de simulación, b) el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses y, c) la falsedad ideológica o subjetiva del anatocismo.

---

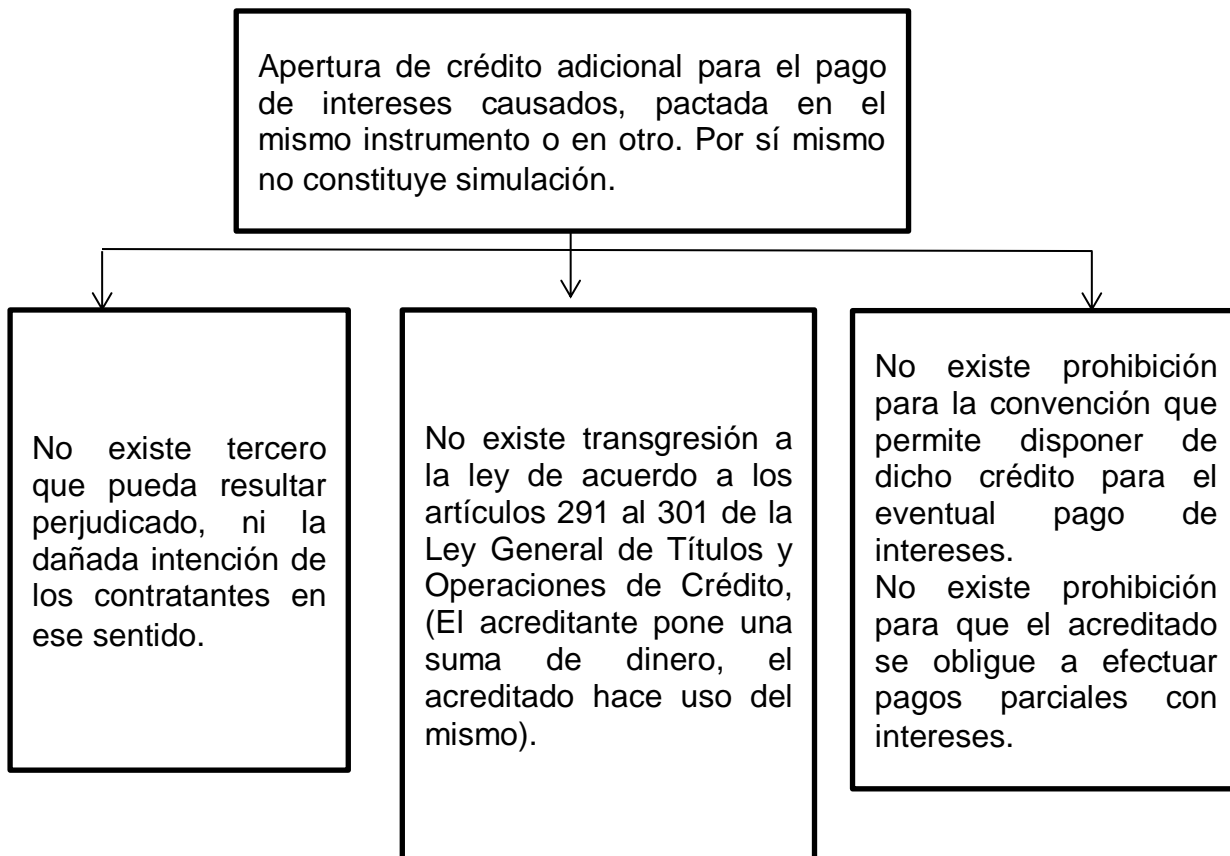
<sup>170</sup> *Ídem.*

<sup>171</sup> *Ídem.*



a. Estudio argumentativo del anatocismo como forma de simulación

De esta forma podemos arribar al esquema estructural argumentativo dentro de este rubro:



Se aprecia que si bien no existe una simulación prohibida por la legislación nacional en cuanto a la celebración de la apertura de un contrato adicional para el pago de intereses vencidos, lo cierto es que nos encontramos en una situación que beneficia principalmente a la institución de crédito al existir permisiones que puedan justificar dicha figura normativa.

b. Estudio argumentativo sobre el encubrimiento ilícito de intereses

En relación al segundo tema tratado dentro de la contradicción de tesis 31/98 relativo al anatocismo o capitalización de intereses agregamos el título correspondiente a la apertura de crédito adicional para el pago de intereses causados, pactada en el mismo instrumento o en otro no encubre el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses.

Iniciando el análisis, la Suprema Corte “interpretando los artículos 2o. y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses”.<sup>172</sup>

Nos hallamos con una interpretación sistemática en donde se desprende que la capitalización de los intereses vencidos puede celebrarse por los contratantes, pero no advierte al uso debido de esta figura en donde se fijen con claridad los parámetros de aplicación respectivos, lo que se puede derivar en la falta de protección económica de las personas que por necesidad han optado por la contratación aducida.

Sigue formulando la Corte que “no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, (- -)”.<sup>173</sup>

Aquí el Tribunal refuerza el razonamiento referido a que no existe prohibición normativa que limite la capitalización de intereses, fijando un argumento del precedente, dado que no podrá impugnarse a manera de agravio el hecho de que la celebración del contrato ocasione un perjuicio en contra de los acreditados en atención a que ellos mismos otorgaron su consentimiento ante la institución bancaria.

Por último, se robustece la figura de la capitalización de intereses vencidos en el sentido de que “el contrato de apertura de crédito para solventar intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses”.<sup>174</sup>

---

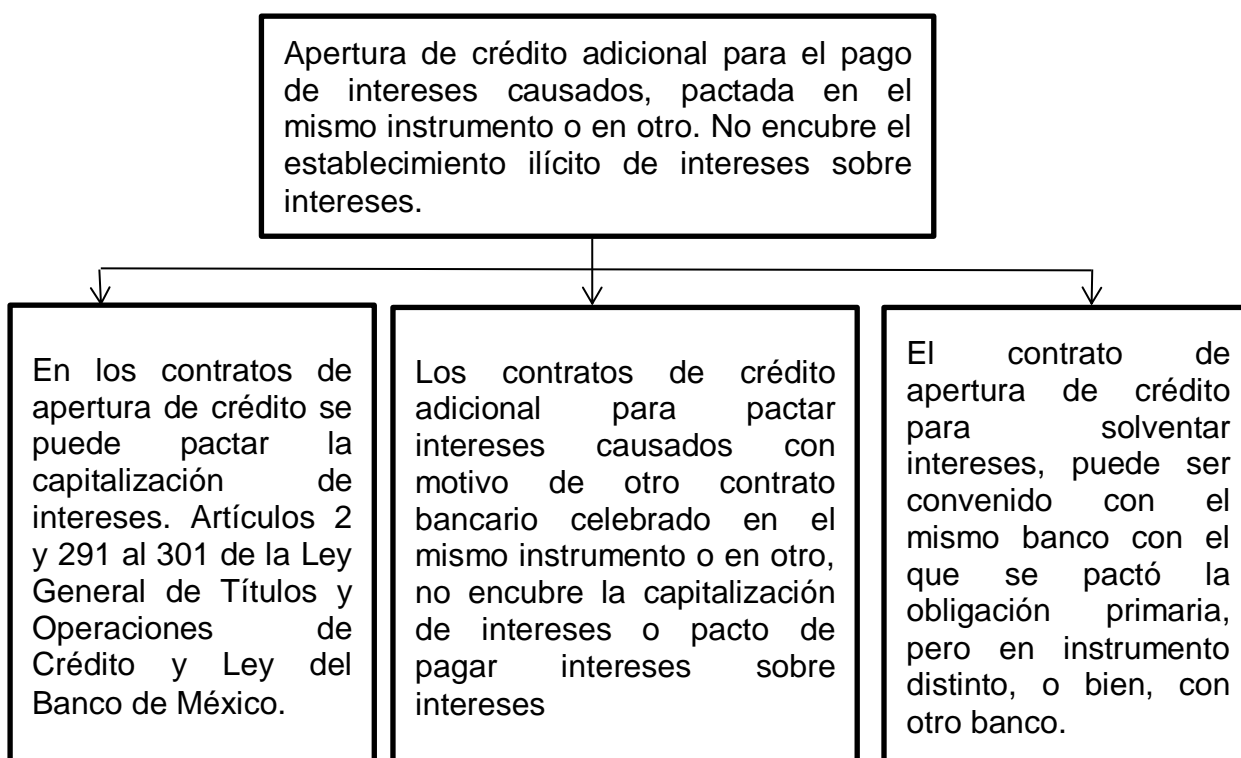
<sup>172</sup> *Ídem.*

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 292.

<sup>174</sup> *Ídem.*

Instituyendo una serie de presupuestos en los que se puede ejercer el contrato de capitalización de intereses la Corte arguye al hecho de que no se da materialmente la figura del anatocismo, lo cuestionable es en el sentido de que aunque sea celebrado de tal o cual forma no existe una garantía en favor del acreditado para protegerse de posibles abusos por parte de las instituciones de crédito.

Por consiguiente, fijamos el cuadro argumental respectivo:



Desde la perspectiva normativa, la capitalización ilícita de intereses es inexistente, no obstante, una práctica desmedida y poco profesional por parte de las instituciones de crédito puede provocar abusos en cuanto al aprovechamiento premeditado de la necesidad de personas que intentan solventar sus adeudos bajo el esquema de la celebración de este tipo de contratos que seguirán perjudicando a los deudores más vulnerables.

En este sentido Raúl Medina Mora expresa: “No puede olvidarse el problema de la imposibilidad en que se encuentran muchos acreditados de pagar deudas con los bancos que se traducen en la pérdida de sus bienes

hipotecados, a veces sin que termine su adeudo. Este es un problema grave y como tal debe ser abordado”.<sup>175</sup>

### c. Estudio argumentativo sobre falsedad ideológica o subjetiva

El tercero de los temas tratados en la contradicción de tesis que analizamos lo podemos identificar bajo la siguiente premisa, apertura de crédito adicional para el pago de intereses causados, pactada en el mismo instrumento o en otro su aprovechamiento no implica la existencia de falsedad ideológica o subjetiva.

En atención a este criterio se vincula que no existe la falsedad ideológica o engaño premeditado en razón de que “en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, (- -)”.<sup>176</sup>

En este razonamiento lo que se protege es la garantía esencial del contrato, nos situamos con un argumento de los referidos por Perelman como de sucesión y coexistencia, en razón de que el vencimiento de los intereses ha generado la apertura del crédito adicional, mismo que no puede crearse sin la existencia del contrato principal.

En último lugar, el Supremo tribunal refiere que dentro de los beneficios obtenidos por la celebración del contrato de apertura de crédito adicional:

(- -) se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que

---

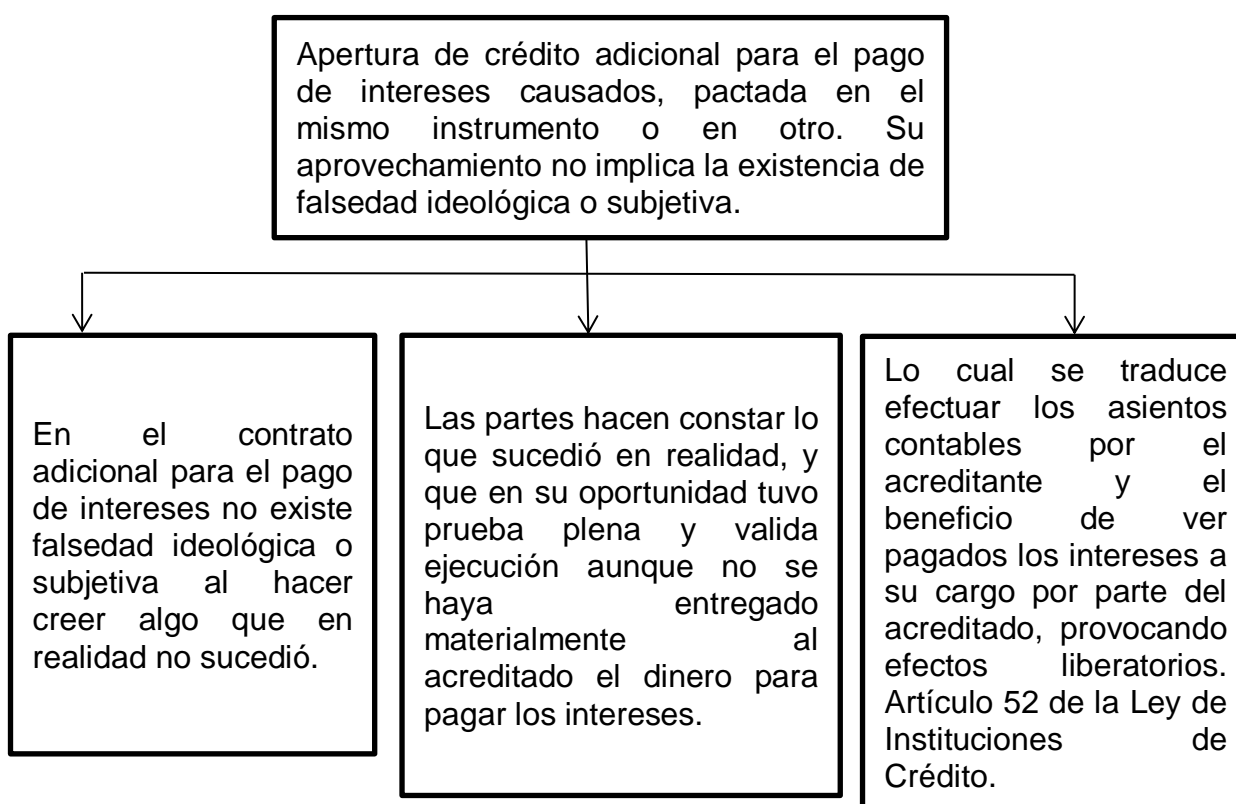
<sup>175</sup> Medina Mora, Raúl, “Anatocismo”, *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 28, 1998, consultado el día 28 de Mayo de 2017 en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11355/10402>, p. 23.

<sup>176</sup> Contradicción de tesis 31/98, *óp. cit.*, p. 292.

el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.<sup>177</sup>

En consecuencia, si el beneficio es el de ver pagados los intereses por parte del deudor, esto se traduce en una situación que pondrá en mayor riesgo la capacidad económica del mismo, dado que se sigue acrecentando el adeudo aunque cambie de denominación, recordemos que a mayor capital serán más elevados los intereses por cubrir.

De esta manera llegamos al esquema estructural argumentativo generado en la presente contradicción de tesis:



De opiniones recopiladas por Viviana Agramont Lazareno tenemos que “la SCJN tiene que unificar los criterios de la legislación respectiva. La capitalización de intereses no es solo una cuestión jurídica sino que tiene implicaciones económicas, políticas y sociales que no pueden ser dejados a un lado, en la difícil situación que vive México”.<sup>178</sup>

<sup>177</sup> *Ídem*.

<sup>178</sup> Agramont Lazareno, Viviana, *La ilegalidad del pacto de anatocismo en el contrato de apertura de crédito*, tesis para la obtención del grado en Maestría en Derecho Mercantil, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999, p. 94.

En conclusión respecto a este tema, plausiblemente no exista una falsedad de ideología, por el hecho de que las reglas son claras y establecen los requerimientos que en todo momento el deudor estaría consiente de tomar, pero resulta un perjuicio en cuanto a la situación real de quien decide ver pagados intereses por medio del referido contrato.

### *3. La función de legalidad en contra del control constitucional*

#### *A. Estudio del marco argumentativo sobre función de legalidad*

La presente acción de inconstitucionalidad se funda en el estudio de las facultades que tiene la Comisión Nacional de Derechos Humanos para promover en contra de leyes federales aspectos competenciales que inciden en la falta de observancia de los contenidos que exige la Constitución, no obstante, la acción queda desestimada desde una justificación en base a la función de legalidad que impera en la Corte.

Para entender este tipo de sentencias lo más conveniente es hacer uso del silogismo categórico o convencional por tratarse de un asunto relacionado con la mera legalidad no entra al estudio de razonamientos de fondo, solamente se limita al análisis de cuestiones relacionadas con las facultades de la Comisión en relación a la acción que intenta acreditar.

Comenzaremos por establecer en qué se fundamenta la Corte para emitir su decisión, lo que podemos fijar como premisa mayor la proveniente del artículo 105, fracción II, inciso g):

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, (- -)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y ésta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados

internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. (- -).

De esta forma se fija la premisa mayor por parte de la Suprema Corte, en donde instituye en qué supuesto y bajo qué circunstancias conocerá de las acciones de inconstitucionalidad presentadas ante su competencia, así mismo fija la materia en la que la Comisión puede ejercer la acción consagrada en dicho numeral la cual estriba esencialmente sólo en lo relacionado con los derechos humanos.

Como premisa menor se establece el supuesto siguiente: “toda vez que se trata de una acción de inconstitucionalidad en la cual se hacen valer por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presuntas violaciones a la Constitución General relacionadas a invasiones de esferas competenciales y no a derechos humanos”.<sup>179</sup> Es decir, promueve el organismo autónomo no en materia de derechos humanos, sino en relación a problemas de carácter competencial.

En esencia, la Comisión promovió acción de inconstitucionalidad en contra del Congreso local de Querétaro por expedir leyes en materia de migración de niños y niñas, y señala la Corte que esta es una materia exclusiva del Congreso de la Unión, estimando que esta es una facultad no reconocida por el texto constitucional en favor del organismo autónomo.

En la conclusión que establece nuestro máximo tribunal se desprende que:

(- -) en el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tenemos que existe una limitación constitucional en materia de legitimación que se verifica en atención al tipo de violación constitucional que se pretende impugnar, al señalar específicamente el texto constitucional que sólo podrá interponer acción cuando se aleguen

---

<sup>179</sup> Acción de inconstitucionalidad 104/15, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 16 de noviembre de 2016, p. 16.

violaciones de leyes o tratados internacionales a derechos humanos y no permitir la impugnación de invasiones a ámbitos de competencia de órdenes normativos u órganos del Estado.<sup>180</sup>

Por lo tanto, nuestra Suprema Corte emitió pronunciamiento en el sentido de que la Comisión Nacional de Derechos Humanos carece de legitimidad para promover en los términos expuestos en su demanda de garantías, dado que no es de su atribución el impugnar asuntos competenciales de los órganos públicos, reservándose únicamente a promover los medios de control constitucional en los casos en que se vean vulnerados los derechos humanos.

#### B. *Análisis argumentativo de la acción de inconstitucionalidad 104/15*

##### a. Silogismo categórico o convencional

Consecuentemente podemos formular el silogismo correspondiente a la presente acción de inconstitucionalidad:

(1) (x) PMa

(2) Pma

(3) OQa

x).- Variable del individuo (cualquier individuo), a).- una constante de individuo específico (Comisión Nacional de Derechos Humanos), P y Q).- Designan predicados (pueden ser complejos), M).- premisa mayor, m).- premisa menor, O).- Indica que el predicado “debe”, “puede”, “no debe”, decirse de ese sujeto.

Silogismo Categórico (ejemplo):

(1) (x) Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, (- -), por:

(PMa) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 18 y 19.



internacionales (- -), que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

(2) (Pma) toda vez que se trata de una acción de inconstitucionalidad en la cual se hacen valer por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presuntas violaciones a la Constitución General relacionadas a invasiones de esferas competenciales y no a derechos humanos.

(3) (OQa) Por lo tanto, existe una limitación constitucional en materia de legitimación que se verifica en atención al tipo de violación constitucional que se pretende impugnar, sólo podrá interponer acción cuando se aleguen violaciones de leyes o tratados internacionales a derechos humanos.

Se advierte del presente silogismo categórico que la Comisión Nacional de Derechos humanos carece de legitimidad para promover acciones de inconstitucionalidad en relación a conflicto de carácter competencial de los órganos públicos, aun cuando se vean inmersos derechos humanos.

Esta aseveración nos conduce a una falta de expansión en el ejercicio de la protección y garantización de los derechos humanos que son materia exclusiva de un Tribunal Constitucional, consideramos que existe materia de fondo para resolver una cuestión tan delicada como lo es la legislación en materia de migración infantil, por lo que al ser un problema de mera legalidad se desecha el estudio de fondo.

Esta situación se presenta recurrentemente al interior de la Corte mexicana, lo cual “trae como consecuencia diversos problemas funcionales, que se traducen en un deficiente control constitucional de leyes, derivado de la afectación al discurso constitucional en sus componentes de tiempo, diversidad y autonomía”.<sup>181</sup>

Lo cual genera un panorama de incertidumbre jurídica, dado que la última instancia en la que pueden ser recurridos ciertos temas trascendentales para la sociedad y el Derecho mexicano, se encuentra sometidos en un

---

<sup>181</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo las tendencias europeas actuales de tribunal constitucional impuro”, Revista hechos y derechos, número 20, marzo del 2014, consultado el día 01 de Junio de 2017 en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6956/8892>, p. 3.

principio, al control de legalidad que ejerce la Corte y que influye dentro de su consolidación como Tribunal Constitucional.

De esta forma, Góngora Pimentel explica: “Los problemas de legalidad que excepcionalmente son conocidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación son consecuencia de que en México no existe una instancia suprema de legalidad. Ello, porque las facultades de los Tribunales Colegiados de Circuito no pueden igualarse con las correspondientes a un Tribunal Supremo de Legalidad”.<sup>182</sup>

A manera de conclusión, consideramos que la Suprema Corte de nuestro país debe seguir trabajando para consolidar su papel como un Tribunal Constitucional, para ello, es necesario que se libere o delegue funciones de legalidad ya sea a los tribunales de menor jerarquía o por medio de la creación de un tribunal superior que atienda estas cuestiones.

---

<sup>182</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, “Constitucionalidad y legalidad en el amaro directo en revisión”, Revista jurídica anuario Universidad Iberoamericana, s.n., s.f., 2006, consultado el día 03 de junio de 2017 en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11635/10645>, p. 359.

CAPÍTULO TERCERO  
EVALUACIÓN ARGUMENTATIVA REALIZADA EN SENTENCIAS  
CONSTITUCIONALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA  
NACIÓN

I. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN DERECHOS  
HUMANOS

1. *Contradicción de tesis 293/11*

En el presente caso, la evaluación argumentativa se realizará a partir del juicio de ponderación, dado que como se desprende del capítulo anterior se instituyó una confrontación entre los principios de supremacía constitucional y de validez normativa, por lo tanto, lo correspondiente es asignarles un peso específico y posteriormente valorarlos.

Ahora bien, antes de realizar el ejercicio ponderativo y determinar la evaluación respectiva, no pasa por desapercibido el hecho de que se identifica un error de tipo coherencial en el razonamiento de la Corte constitucional mexicana, ya que por un lado, se busca la optimización de los derechos humanos, y por el otro, se establecen limitaciones que afectan su libre ejercicio, en estas circunstancias es necesario iniciar con un estudio valorativo de esta investidura.

Consecuentemente, será necesario atribuir -desde un punto de vista teórico- una valoración que permita distinguir el grado de afectación de cada uno de los principios, para ello, es pertinente estudiarlos desde la óptica realizada por diversos autores como Robert Alexy, Enrique Cáceres y Manuel Atienza por mencionar algunos.

Por ende, iniciaremos con la siguiente pregunta: ¿En caso de colisión entre los principios de supremacía constitucional y de validez normativa en relación con las restricciones a los derechos humanos, cuál de los mencionados debe prevalecer?, si nos sujetamos al contenido de la contradicción de tesis 293/11 y de la tesis jurisprudencial 119/14, es obvio que se ha dado preferencia al primero de ellos sobre cualquier norma de carácter

internacional, atendiendo a las prohibiciones que la misma ley fundamental ordena dentro del artículo primero.

#### A. Tesis coherentista-principialista

Necesariamente y antes de formular el juicio de ponderación, debemos esclarecer la siguiente cuestión de carácter fundamental: ¿Existe un problema de coherencia normativa dentro de la contradicción de tesis 293/11 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

De una apreciación *prima facie* podemos advertir una inconsistencia de tipo lógico-formal, dado que dentro del mismo criterio jurisprudencial se establece que:

(- -) cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, (- -).<sup>183</sup>

Se desprende de la cita que antecede la prevalencia del principio de supremacía constitucional y por consiguiente el de coherencia normativa o de completitud en el ordenamiento jurídico, lo cual ha sido sostenido por mucho tiempo como el criterio dominante dentro de nuestro sistema de leyes, estamos de acuerdo en que la norma fundamental conserve su calidad de primordial, pero no consideramos prudente que la misma Constitución determine limitaciones a los derechos humanos.

Así mismo, de la misma contradicción de tesis se desprende que cuando es imposible la armonización entre los lineamientos constitucionales y los de tipo internacional, deberá aplicarse el criterio que resulte más adecuado para salvaguardar los derechos humanos, “(- -) la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en

---

<sup>183</sup> Contradicción de tesis 293/11, *óp. cit.*, p. 65.

el artículo 1º constitucional, (- -) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos”.<sup>184</sup>

Ahora, para poder explicar esta situación –la cual es la razón fundamental de la confrontación entre los principios de supremacía constitucional y el de validez normativa- es oportuno esclarecer el problema en base a la teoría coherentista explicada por Manuel Atienza, quien advierte este tipo de fallas en los sistemas que buscan incorporar los principios expresados por medio de los derechos humanos.

Fundamentalmente podemos agregar en cuanto a esta teoría lo siguiente: “La idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última, porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías”.<sup>185</sup>

Consideramos que existe una inconsistencia lógico-formal en la contradicción de tesis 293/11 en razón de restringir los derechos humanos por un lado y pretender la interpretación más favorable al principio pro persona por el otro, independientemente de la norma que lo proteja más, no obstante es necesario recordar que existe una exigencia de tipo material que intenta ir más allá y demanda una compenetración con los valores y principios actuales.

Por consiguiente, “mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (- -) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada”.<sup>186</sup>

Bajo esta premisa podemos advertir que la Corte expresa una justificación desde el punto de vista material, en el sentido de que aunque exista una inconsistencia lógica –como en el presente caso- lo cierto es que

---

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 65 y 66.

<sup>185</sup> Atienza, Manuel, “Curso de argumentación jurídica...”, *cit.*, p. 556.

<sup>186</sup> *Ídem*.

procura subsanarla por un tipo de coherencia encaminada a lo que en realidad se quiere lograr dentro del sistema jurídico, lo que conocemos en lógica decisional como lo implícito dentro del criterio jurisprudencial.

Para explicar esta situación, debemos agregar que si bien la contradicción de tesis presenta una inconsistencia lógica en términos de lo ya expuesto, la misma subsiste y se complementa con la tesis jurisprudencial 119/14 y la tesis aislada CXXVIII/2015, las cuales corroboran que las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos prevalecerán en relación a las normas internacionales que traten de proteger estos principios inalienables.

Si tratamos de valorar lo relativo a la consistencia tanto de las normas como de las decisiones judiciales en base a un argumento lógico-sistemático podemos decir que “el Derecho como un todo unitario y coherente, como sistema, no puede admitir antinomias (principio lógico de no contradicción) ni contener lagunas (principio lógico de completitud); al grado de no poder dejar sin resolver caso alguno; (- -)”.<sup>187</sup>

Justipreciando la cuestión del grado de coherencia lo más recomendable atendiendo a la expresión aportada por Imer B. Flores es que toda decisión o resolución judicial debe ser clara, exhaustiva y cumplir con los principios de no contradicción y lógico de completitud, en relación al primero, no debe dar paso a contraposiciones interpretativas y en el segundo es impermissible dejar cabos sueltos que a la postre podrán crear conflictos entre leyes o principios como en el presente caso.

De esta manera, en la presente contradicción de tesis desde el punto de vista formal, se ha identificado una inconsistencia lógica, igualmente desde la perspectiva material el criterio no logra justificarse por el hecho de que se permite la proliferación de restricciones por encima de los valores y de los principios que están contenidos dentro de los derechos humanos, limitando la

---

<sup>187</sup> Flores, Imer B., *Apuntes para una teoría –y practica- del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica*, consultado el día 17 de octubre del 2017 en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8649/10679>, p. 23.

optimización y el desarrollo de los mismos dentro del sistema democrático y constitucional al que aspira nuestro país.

### B. *Escala tríadica para la asignación de peso de los principios*

Como hemos visto, la inconsistencia lógica y coherentista material, ha generado una confrontación esencial entre los principios de supremacía constitucional y de validez normativa, en relación a qué norma debe aplicarse realmente en favor de los derechos humanos, más allá de lo sostenido por nuestra Corte Suprema. Para realizar una correcta valoración es necesario preguntarnos ¿Cómo podemos asignar un peso concreto, correcto, adecuado a un principio sin caer en subjetividades, emotivismos o equivocaciones?

Un modelo que consideramos adecuado es el de la escala tríadica formulado por Robert Alexy, el cual debemos entender de la siguiente manera: “La estructura de la escala tríadica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional. Para ello, es necesario que se tenga en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias; el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección”.<sup>188</sup>

Como se desprende de la cita inmediata anterior, este modelo no resolverá el hecho de la racionalidad entre los principios –para eso emplearemos el juicio de ponderación- pero si nos ayudará para asignarle un peso específico a cada uno de los principios en colisión de manera metodológica y apegado a la doctrina establecida por grandes pensadores como es el caso del mencionado Robert Alexy.

En lo concerniente a la asignación de peso se explica que dicho método ofrece la siguiente medida: “Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *óp. cit.*, p. 7.

<sup>189</sup> Cáceres, Enrique, *et. al.*, coords., *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 22.

De esta manera, asignaremos un valor determinado a cada principio respaldado por una fuerte apreciación en cuanto al significado y la trascendencia de cada uno, en base a lo expresado por grandes autores como Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky y Luigi Ferraloli, que nos ayudarán a entender el contexto actual en el cual se desarrollan y orientándonos en cuanto al valor que les corresponde.

#### a. Principio de supremacía constitucional

Para entender el nuevo rol que juega el Derecho en la actualidad es necesario comprender la evolución que el mismo ha experimentado, hoy en día se habla del paso de un Estado de derecho legal a uno de tipo constitucional, en donde la proliferación de los derechos humanos o fundamentales es su piedra angular.

Para ello, no solo basta con regular los referidos derechos dentro del ámbito interno de los países, sino también las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos son indispensables, este es el caso del sistema normativo mexicano, quien ha suscrito tratados internacionales en la materia y por lo cual se encuentra obligado a respetar e incluso a observar.

Bajo esta premisa es importante reconocer el alcance de los derechos humanos, o en palabras de Luigi Ferraloli los denominados derechos fundamentales los cuales pueden ser entendidos como “aquellos derechos que son adscritos universalmente o todos en cuanto personas, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de ejercicio”.<sup>190</sup>

De esta manera podemos advertir el carácter universal de los referidos derechos humanos –como se les denomina en la Constitución mexicana-, por lo que su regulación va más allá del ámbito interno, por consiguiente de existir alguna limitación o prohibición en los países –como en el caso aquí estudiado- es necesario suprimir los condicionamientos normativos y dar paso a su potencialización y protección en jurisdicciones supranacionales, esta es nuestra postura.

---

<sup>190</sup> Ferraloli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 286.



Para mayor sostenimiento de la tesis propuesta, traemos a consideración lo expresado por Gustavo Zagrebelsky en el sentido de que “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoya, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”.<sup>191</sup>

Por estas razones sostenemos que el principio de supremacía constitucional es un parámetro importante para la protección de los derechos humanos, pero no debe usarse como una limitación o restricción de los mismos, esto se justifica en razón de la naturaleza que los enviste, misma que va más allá de las fronteras del derecho interno y que necesariamente requieren de nuevas medidas de protección para su realización.

Por último, nos muestra Zagrebelsky en relación a los límites que puede llegar a establecer el derecho interno que: “Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un <<centro>> de ordenación”.<sup>192</sup>

Finalmente, concluimos que la Constitución ya no es el último parámetro de protección de los derechos humanos, *a fortiori* no puede representar una limitación en su ejercicio y cumplimiento de acuerdo al compromiso adquirido en los tratados internacionales, en definitiva el peso de afectación que le conferimos al principio de supremacía constitucional es <<leve>>, en virtud de que no sería tan perjudicial sustraerse a dicho principio en relación a la defensa que los derechos humanos demandan.

#### *b.* Principio de validez normativa

En relación al principio de validez normativa, encontramos que su objetivo principal es el de aplicar la norma que mejor proteja al derecho humano, ya sea aquella consagrada en leyes internas de los países, o las contenidas en lineamientos internacionales, es decir busca privilegiar el

---

<sup>191</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, trota, 1995, p. 14.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 13.

enunciado normativo que mejor proteja a los derechos inherentes de todo individuo.

Para esclarecer cual es la importancia de los derechos humanos que también son considerados como principios a diferencia de las reglas o normas jurídicas, estos son en palabras de Ronald Dworkin como: "Llamo principio a un estándar que deber ser observado, (- -) porque es un requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad".<sup>193</sup>

Esto nos ayudará a entender la afectación que puede derivarse de la limitación proveniente de considerar a los derechos humanos como parámetros de medición normativa, de la cita inmediata anterior advertimos que la importancia de los mismos no puede quedar supeditada a una restricción propia de los enunciados normativos, sino que su aplicación trasciende las fronteras contenidas en las leyes.

Abonando a ello, Zagrebelsky menciona que la "exigencia de abandonar la que podríamos llamar soberanía de un único principio político dominante del que puedan extraerse deductivamente todas las ejecuciones concretas sobre la base del principio de exclusión de lo diferente, según la lógica del *aut-aut*, del <<o dentro o fuera>>".<sup>194</sup>

Esto nos conduce a reconocer la problemática que surge en torno a que nuestra Corte por un lado profesa la apertura a la protección de los derechos humanos en fuentes internacionales, pero por el otro, se contradice al sostener que las limitaciones constitucionales son el parámetro de excepción, por estas razones, para garantizar de forma adecuada el respeto de los derechos humanos es necesario dejar de pensar en *el aut-aut* que prolifera Zagrebelsky por una apertura tal que permita un mejor ejercicio de los mismos.

Para concluir, afirmamos que en cuanto a la asignación de peso al principio de validez normativa entendido en el sentido de que la limitación o restricción de los derechos humanos representa un retroceso en cuanto a la

---

<sup>193</sup> Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, United States of America, Harvard University Press, 1978, p. 22.

<sup>194</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *óp. cit.*, p. 17.

optimización de los mismos podemos valorarlo como una afectación <<grave>> en razón de las consecuencias que conlleva el impedir que se apliquen normas de carácter internacional en favor de ellos.

### C. Ley de la ponderación

Para poder determinar el grado de afectación entre los principios expuestos, es necesario hacer uso de lo que Robert Alexy denomina fórmula de peso, la cual consiste esencialmente en la compenetración de los principios y la relación que deriva de ello, de esta forma descubrir cuál de los dos obtiene una mejor justificación frente al otro.

Para realizar esto, es necesario conocer el procedimiento: “La primer etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. (- -) una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. (- -) en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio”.<sup>195</sup>

Aplicándolo al presente caso, primero se instituye como se va a transgredir el principio de supremacía constitucional, y si dicha afectación es muy relevante comparada con el objetivo del principio de validez normativa, posteriormente, se fija la influencia o transgresión que requiere ejercer el segundo principio para cumplir con su objetivo –en este caso el de validez normativa-, por último, se determina el resultado de la relación descrita, después se está en posibilidades de evaluarlos.

Por lo que acertadamente en palabras de Robert Alexy se aclara que dentro del juicio de ponderación se encuentra el denominado sistema de inferencias –descrito en líneas anteriores- que a su vez busca lograr arribar al concepto de corrección. En otras palabras, la inferencia es la deducción que resulta de la relación entre los principios en confrontación, permitiendo arribar a una conclusión correcta y metódica.

---

<sup>195</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, “Jueces y ponderación...”, *cit.*, p. 5.

De acuerdo con el esquema de Robert Alexy la fórmula de peso se puede representar de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{l_i}{l_j}$$

$l_i$  equivale a la intensidad de la interferencia con el principio  $P_i$ ; digamos el principio de supremacía constitucional que exige el sometimiento de las demás normas a sus contenidos (nacionales e internacionales).

$l_j$  representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; en este caso, el principio de validez normativa para optimizar los derechos humanos de acuerdo a la interpretación del principio pro persona.

$W_{i,j}$  equivale al peso concreto de  $P_i$ .

Esto se puede representar de la siguiente manera:

El peso concreto del principio de supremacía constitucional es igual al grado de intensidad en su interferencia, el cual es de acuerdo con la asignación de peso descrita en líneas anteriores <<leve>>, mientras que el grado de importancia para satisfacer el principio de validez normativa en relación a la optimización de los derechos humanos es <<grave o intensa>>.

Para concluir, de la evaluación respectiva a la que hemos llegado podemos deducir que el grado de afectación en relación al principio de supremacía constitucional no es comparada con la necesidad de garantizar, potencializar y respetar los derechos humanos sea cual fuere la norma que los proteja (nacional e internacional), por lo que es necesario ceder en cuanto a la soberanía estatal frente a la jurisdicción internacional cuando se trate de mejores mecanismos que cumplan y realicen los derechos humanos.

¿En caso de colisión entre los principios de supremacía constitucional y de validez normativa en relación a los derechos humanos, cual debe prevalecer o

aplicarse?

Principio de supremacía constitucional

Principio de validez normativa

Art. 1 párrafo I Constitucional  
Contradicción de tesis 293/11  
Tesis jurisprudencial 119/13  
Tesis aislada CCXXXVIII/14

Art. 1 párrafo II Constitucional  
(Principio pro persona)  
Contradicción de tesis 293/11

Juicio de ponderación

Principio de supremacía constitucional

Principio de validez normativa

Grado de intensidad en su interferencia (leve)

Grado de importancia en su satisfacción (intenso)

Evaluación final: Existe la necesidad de garantizar, potencializar y respetar los derechos humanos de acuerdo al principio de validez normativa (aplicación de normas internacionales) sobre el principio de supremacía constitucional en relación a los derechos humanos.

## 2. Geolocalización de equipos móviles

### A. Teoría garantista del Derecho

Para poder comprender la dimensión de la acción de inconstitucionalidad 32/12 es pertinente hacer un análisis comparativo con la denominada teoría garantista del Derecho, expuesta principalmente por Luigi Ferraloli, en razón de que como se ha estudiado en el capítulo anterior podría considerarse –la geolocalización- como una medida necesaria, adecuada para la persecución de delitos graves.

Como se ha mencionado, en esencia la geolocalización consiste en una facultad en favor de la Procuraduría General de la República para solicitar a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones su ayuda para la ubicación en tiempo real de equipos móviles pertenecientes a personas consideradas como sospechosas de ilícitos graves como el secuestro, la extorsión, delincuencia organizada o cualquier otro dentro de esta categoría.

Dicha medida deberá –a juicio de la Suprema Corte- perseguir un fin legítimo, estar prevista en la ley, ser idónea, necesaria y proporcional, desde la perspectiva de Toulmin cumpliríamos con la garantía dentro de la apreciación argumentativa, aunado a ello como muestra Ferraloli podríamos agregar que “la función garantista del derecho en general consiste en la minimización del poder, (- -) de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos”.<sup>196</sup>

En esencia, es indispensable cumplir con estas medidas para garantizar que la autoridad no hará uso excesivo o equivoco de una facultad que puede llegar a transgredir el principio de legalidad contemplado en el artículo 14 y 16 de nuestra Constitución, derivado de la idea de Ferraloli, nos encontramos que es preciso combatir las arbitrariedades y abusos por parte de las autoridades facultadas para ejercer la geolocalización.

---

<sup>196</sup> Ferraloli, Luigi, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, et. al., Madrid, trota, 1995, p. 931.

Resalta el hecho de que dicha teoría contempla dos acepciones trascendentes para los nuevos esquemas de aplicación y ejercicio del Derecho, esto es, los relacionados con las normas y también con la realidad, “el esquema garantista se explica por la complementación entre la forma y la sustancia indispensable para la creación y, se agregaría, para la aplicación del derecho”.<sup>197</sup>

De igual forma, se atenderá al elemento de la proporcionalidad, en cuanto la injerencia en la vida privada de las personas, mismo que no deberá ser inadecuado, intromisorio, desleal e ilegal, por consiguiente es complicado establecer un juicio de valor en relación al desempeño de las autoridades que ejercen la medida de localización en tiempo real de dispositivos móviles como se verá en líneas posteriores.

Por último, esta teoría nos indica que: “El garantismo se apoya en un presupuesto pesimista acerca del poder, este es malo, pues se halla expuesto a falta de límites y garantías y puede degenerar en el despotismo. (- -) En la concepción heteropoyética, (- -), los poderes públicos y privados están instrumentalizados para la tutela de los derechos fundamentales”.<sup>198</sup>

Lo que nos refiere la concepción del garantismo es la limitación del poder que ejercen los órganos públicos frente a los ciudadanos y los grupos sociales, en este sentido es necesario crear una tutela efectiva de los derechos concernientes a los mismos a través de mecanismos eficientes que permitan cumplir con dicha empresa, en relación a la geolocalización se deben implementar medidas que exijan, vigilen y coordinen el trabajo tanto de los concesionarios del servicio de telecomunicaciones como el desempeño de las autoridades facultadas para ello.

Esta es la esencia de la acción de inconstitucionalidad 32/12 pronunciada por la Suprema Corte, en donde permite la constitucionalidad de la geolocalización siempre y cuando se cumplan con las garantías correspondientes para no vulnerar derechos humanos como el de privacidad,

---

<sup>197</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principalista...”, *cit.*, p. 34.

<sup>198</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit.*, p. 90.

legalidad, presunción de inocencia, libre tránsito y de esa forma evitar prácticas ilegales como el espionaje o la utilización de la facultad para fines ajenos a los instituidos.

### B. Teoría consecuencialista de la argumentación jurídica

Por otro lado, en cuanto al desempeño de nuestro máximo tribunal es pertinente analizar el tipo de razonamiento expresado en un asunto de tal naturaleza, por lo que la teoría indicada para su explicación y posterior evaluación es la consecuencialista. “Las consecuencias se tienen en cuenta en relación con cuestiones normativas y también (si se quiere indirectamente) a propósito de cuestiones de hecho”.<sup>199</sup>

La naturaleza de esta teoría nos permite entender que una argumentación de tipo consecuencialista tomará en cuenta a la norma jurídica y el hecho o la realidad que impera en ese momento, pero cabe destacar que visualiza una proyección de estos elementos en el futuro inmediato, lo que permite evaluar si la decisión judicial ha sido la más idónea o adecuada de acuerdo a sus consecuencias que genera en la vida social.

En este sentido, es necesario observar el comportamiento o reacción social proveniente de la resolución emitida. “Las consecuencias como resultados o repercusiones de la decisión judicial en la realidad social extrajurídica serían los efectos externos de la decisión, lo que MacCormick llamaría *behavioural outcomes*, o comportamientos que resultan de la decisión”.<sup>200</sup>

A su vez, para poder valorar si una decisión judicial fue correcta desde el punto de vista de la argumentación jurídica en base a este argumento a partir de las consecuencias, es fundamental analizar el comportamiento o reacción que provoca en la realidad social, aunado a lo que MacCormick instituye como los efectos provenientes de la resolución y su inferencia en el tejido social.

---

<sup>199</sup> Atienza, Manuel, “Curso de argumentación jurídica...” cit., p. 557.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 603.



Es importante lo que a continuación Manuel Atienza refiere en relación a este tipo de decisiones judiciales:

Establecer cuáles son las consecuencias de una decisión (- -) no es sólo algo extraordinariamente difícil, sino que, en general, no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones, con la excepción de algunas áreas del derecho (por ejemplo, el derecho fiscal), donde es frecuente que se tenga en cuenta las decisiones judiciales (- -) para actuar de una u otra forma en el futuro.<sup>201</sup>

Como se desprende de la cita inmediata anterior identificamos que efectivamente es complicado para los jueces constitucionales visualizar el futuro y por consiguiente la reacción de la sociedad ante tales o cuales determinaciones judiciales, sin embargo son cuestiones a las que no se les puede dejar de emitir una respuesta concreta, además destaca el hecho de que regular *a priori* una situación que tendrá lugar en el futuro no sea actualmente una exigencia notable dentro de dichos razonamientos.

Aunado a lo ya referido destaca la subdivisión concebida por Neil MacCormick sobre la naturaleza del consecuencialismo:

(- -) la concepción consecuencialista de MacCormick puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior).<sup>202</sup>

Refiriéndonos a la justificación de los jueces constitucionales a partir de esta teoría, se hace mención al hecho de que se producen dos explicaciones plausibles, la primera en relación a la finalidad que no es otra cosa que perseguir un objetivo válido desde el punto de vista jurídico, en segundo

---

<sup>201</sup> Atienza, Manuel, "La argumentación como derecho...", *cit*, p. 124.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 125.

término se trata de resolver una situación en base a la mejor razonabilidad posible.

### *C. Estudio estadístico sobre los efectos de la geolocalización en México*

Como se ha visto en líneas anteriores hemos conocido las teorías garantista y consecuencialista de la argumentación, ello con el propósito de establecer el parámetro de medición en cuanto al ejercicio que deben desempeñar las autoridades gubernamentales y en relación al tipo de resoluciones por parte de los órganos judiciales.

Para poder realizar la evaluación de la decisión emitida por la Suprema Corte es necesario comprender los efectos que están produciendo la constitucionalidad de la geolocalización y si efectivamente desde un punto de vista consecuencialista esta decisión fue asertiva.

En consecuencia nos enfocaremos en si efectivamente dicha medida no vulnera los derechos de los ciudadanos, así como el desempeño de la autoridad facultada para ello, hay que precisar que no se pudo encontrar una base de datos extensa sobre esta cuestión, pero resulta interesante el estudio realizado por la Red en Defensa de los Derechos Digitales quien nos aporta un criterio detallado al respecto y que servirá para contrastar lo que actualmente ocurre en este rubro.

El estudio promovido por la Red en Defensa de los Derechos Digitales muestra lo siguiente: “De 2013 a 2015 se ha documentado su utilización en 11994 ocasiones. En 2013 se realizaron 3445 solicitudes. En 2014, el número ascendió a 4324 y en 2015 fueron 4225 las veces en las que una autoridad solicitó la colaboración de una empresa para llevar a cabo la geolocalización en tiempo real”.<sup>203</sup>

Es pertinente analizar que la solicitud de geolocalización de equipos móviles en tiempo real es en la actualidad una práctica demandante por la autoridad facultada para ello, en este caso la Procuraduría General de la

---

<sup>203</sup> Red en Defensa de los Derechos Digitales, “El estado de la vigilancia: Fuera de control”, informe realizado en noviembre de 2016, consultado el día 17 de octubre de 2017 en <https://r3d.mx/wp-content/uploads/R3D-edovigilancia2016-FINAL1.pdf>, p. 62 y 63.

Republica, así como las Fiscalías pertenecientes a los Estados del país que permiten dentro de sus legislaciones el uso de esta medida.

Es importante destacar la siguiente cuestión: “Prácticamente la totalidad de las solicitudes de geolocalización en tiempo real realizadas entre 2013 y 2015 fueron llevadas a cabo sin autorización judicial. Únicamente el 0.82% sí contaron con dicha autorización a solicitud de la Fiscalía General del Estado de Quintana Roo”.<sup>204</sup>

Como podemos observar, la práctica realizada sin una orden emitida por un juez vulnera lo referido en el artículo 133 Quarter del Código Federal de Procedimientos Penales el cual exige este requisito, por lo que el ejercicio de la facultad está provocando una seria afectación a los derechos de privacidad y seguridad jurídica de los ciudadanos.

También es destacable en base al estudio aportado que: “En el caso de la geolocalización en tiempo real, también se observa que el número de solicitudes no es equivalente al número de equipos vigilados. Por ejemplo, según la PGR, esa autoridad llevó a cabo 4005 geolocalizaciones entre 2013 y 2015, sin embargo monitoreó la localización de 5118 dispositivos”.<sup>205</sup>

De la cita inmediata anterior se nos muestra que dentro de una solicitud para monitorear equipos móviles se pueden contener más de un dispositivo, lo cual conduce al hecho de que en realidad una autorización puede analizar varios aparatos celulares, dentro del estudio actual tenemos que los equipos analizados superan por mucho al número de solicitudes, por lo que consideramos que existe una desproporcionalidad en relación a los equipos móviles investigados.

Otro dato importante refiere que: “La ausencia de instancias en las que Telcel haya rechazado alguna solicitud de alguna medida de vigilancia, levanta serias dudas respecto de si esa compañía lleva a cabo algún procedimiento de

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>205</sup> *Ídem*.

revisión legal de las solicitudes que impida el acceso ilegal a los datos de sus usuarios”.<sup>206</sup>

Podemos instar que no existe un control de legalidad en cuanto a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, en otras palabras, las empresas que contienen dentro de sus bases de datos la información detallada de los equipos móviles no analiza si efectivamente debe prestar el auxilio a las autoridades facultadas o no, destacando a Telcel como la empresa que vulnera con mayor facilidad este requisito, esto se convierte en un serio ultraje a principio de legalidad y privacidad.

Ante todo lo expresado en líneas anteriores, es conveniente establecer si la medida ha sido efectiva para los fines que fue instaurada o no, esto se puede respaldar bajo la siguiente cita:

Estos datos revelan, por un lado, que en el mejor de los casos la utilidad y eficacia de las medidas de vigilancia para fines de investigación criminal ha sido exagerada y, más preocupante, que en una gran cantidad de casos las autoridades investigadoras utilizan herramientas de vigilancia en contra de personas respecto de las cuales no existe evidencia de que hayan participado en la comisión de un delito.<sup>207</sup>

De lo expresado con anterioridad, destacamos el hecho de que la medida de vigilancia no se encuentra –en la mayoría de los casos- respaldada por elementos probatorios que vinculen a las personas con la presunta responsabilidad en la comisión de un delito, por lo que la medida se utiliza discrecionalmente hacia un sector de la población que encuentra vulnerado su derecho a la privacidad y legitimidad establecida como requisito indispensable por nuestra máxima Corte de justicia.

A manera de conclusión respecto de la eficacia de la medida de vigilancia (geolocalización), es pertinente destacar lo asegurado por la Red en Defensa de los Derechos Digitales en los siguientes términos:

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 74.

De esta forma, resultaría sumamente difícil seguir sosteniendo la tesis de que la vigilancia, en automático, equivale a investigaciones eficaces. Pero además, resulta innegable que, ante la evidencia presentada sobre cómo las medidas de vigilancia han sido utilizadas en la práctica, existen grandes incentivos para utilizar la vigilancia de manera ilegal, incluso arriesgando la propia seguridad de la ciudadanía que los proponentes de la vigilancia sin controles dicen proteger.<sup>208</sup>

Como se desprende de la cita inmediata anterior, sostenemos que existe una irregularidad total en el empleo de la medida de vigilancia, lo que conlleva a un ejercicio excesivo por parte de las autoridades gubernamentales y la falta de regulación efectiva requerida a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, lo que arroja como resultado la vulneración de los derechos de privacidad, seguridad jurídica, presunción de inocencia, legalidad, libre tránsito y por consiguiente la inconstitucionalidad de la geolocalización como consecuencia del criterio implementado por la Suprema Corte.

#### *D. Evaluación argumentativa-consecuencialista a partir del modelo de Toulmin*

De todo lo referido se arriba a las siguientes conclusiones valorativas:

1. El uso de la geolocalización es una medida ejercida por la Procuraduría General de la República y las Fiscalías de los Estados que la han aprobado, utilizándola de forma discrecional y en la mayoría de los casos sin orden judicial previa en donde se especifiquen los motivos y razones para su intervención, lo cual genera la actualización de la causa de refutación del modelo de Toulmin, produciendo injerencias arbitrarias, irregularidad en su aplicación y la vulneración de los principios de privacidad y seguridad jurídica.

2. Los concesionarios que prestan el servicio de telecomunicaciones incurren en prácticas ilegales al apoyar a las autoridades facultadas para la aplicación de la medida, en el sentido de que violentan desde el esquema de Toulmin lo relacionado a la garantía de observar que se persiga un fin legítimo y de esta forma evaluar si la autoridad tiene derecho o no a la solicitud

---

<sup>208</sup> *Ídem.*

requerida, incurriendo en la afectación del principio universal de privacidad de las telecomunicaciones.

3. Se contraviene a lo exigido por el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>209</sup> en lo referente a prohibir a los organismos públicos y privados prácticas irregulares que potencialicen la vulneración de derechos humanos, en este caso la privacidad de las personas, por lo que el criterio de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, es contrario al espíritu de la ley interamericana.

4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una decisión judicial que no tomó en cuenta las consecuencias jurídicas a las que puede dar hincapié una figura restrictiva de los derechos humanos como lo es la geolocalización, esto se explica en palabras del ministro Cossío en el sentido de que se privilegió una facultad administrativa por encima de los derechos inherentes a las personas, porque si bien es cierto que se trata de una medida efectiva para combatir los ilícitos graves, también lo es que de antemano es conocido que nuestras instituciones prosecutoras no siempre actúan bajo los parámetros de legalidad.

5. Actualmente, nuestra Suprema Corte de Justicia, no cuenta con las facultades inherentes a un Tribunal Constitucional consistentes en rediseñar sus criterios cuando las situaciones reales así lo requieran, por lo que desde la perspectiva consecuencialista de la argumentación jurídica, los efectos de la resolución pronunciada tendrán que dar paso a nuevos juicios promovidos ante instancias superiores que necesariamente deberán involucrar la afectación de los derechos humanos de la población.

### *3. Valoración argumentativa del arraigo*

Para poder realizar una evaluación precisa de la figura jurídica del arraigo, proponemos el estudio de la misma a través de tres tópicos fundamentales: El primero concierne a la justificación formal y material de la decisión judicial, el segundo advierte a la observación del principio de

---

<sup>209</sup> Cfr., Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

convencionalidad y el tercero refiere al criterio de interpretación referente a las restricciones constitucionales.

A. ¿Se trató de una decisión judicial justificada desde el punto de vista formal y material?

a. Criterio de corrección formal

El razonamiento vertido por la Suprema Corte en esencia expresa que “el arraigo es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional”,<sup>210</sup> esto se puede explicar desde el criterio de corrección formal, a través del silogismo hipotético o transitivo, el cual se puede expresar de la siguiente manera:

(PM) P es Q; y

(Pm) Q es r;

(C) Por lo tanto, P es r

En donde el valor (P) refiere a la validez constitucional, (Q) es igual a las restricciones constitucionales, y (r) se utiliza para hacer referencia al arraigo. De igual forma cabe mencionar que (PM) es la premisa mayor, (Pm) consiste en la premisa menor y (C) para la conclusión.

Ejemplo:

(PM) Son de validez constitucional todas las restricciones a los derechos humanos contenidas en la ley fundamental;

(Pm) Una de las restricciones a los derechos humanos contenida en la ley fundamental es la figura jurídica del arraigo;

(C) Por lo tanto, es de validez constitucional la figura jurídica del arraigo.

Estamos en aptitudes de expresar que desde el punto de vista formal, el razonamiento vertido por la Corte mexicana es correcto porque atiende a los elementos esenciales del silogismo hipotético y respeta las reglas de la lógica

---

<sup>210</sup> Amparo directo en revisión 1250/12, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 14 de abril de 2015, p. 46.

deductiva, sin embargo esto no es suficiente para determinar si efectivamente se trata de una argumentación integral.

Al respecto, Toulmin realiza una fuerte crítica en el sentido de que la lógica deductiva por sí misma no es suficiente para dar cuenta de todos los elementos que confluyen en la argumentación, por tal razón “(- -) calificar a tal argumento de formalmente válido es decir sólo algo sobre el modo en que ha sido formulado, sin que aporte nada sobre las *razones* para su validez”.<sup>211</sup>

De aquí se desprende el razonamiento de que para poder evaluar una argumentación de manera completa es indispensable atender a los elementos sustanciales, esto es, las razones de validez material que sirven para demostrar si un argumento contrastado con la realidad cumple con su finalidad o propósito, de esa forma establecer un juicio de valor adecuado.

#### *b. Criterio sustancial o material de validez*

Existen diferentes opiniones respecto si materialmente el arraigo es una figura que garantiza el respeto a los derechos humanos, como hemos visto, desde el punto de vista formal se encuentra medianamente justificado, más el problema con este tipo de restricciones desde la perspectiva sustancial es cuestionable y por consiguiente la respuesta se torna debatible.

De hecho, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, realizó un estudio en el 2014, el cual arroja los siguientes datos respecto del arraigo. “El Relator Especial considera que el arraigo viola el derecho de libertad personal, el debido proceso, y el principio de presunción de inocencia, y expone al detenido a posibles torturas, (- -)”.<sup>212</sup>

Más allá de que si la Constitución permite una restricción constitucional de esta naturaleza, es importante establecer de acuerdo a una argumentación consecuencialista como se ha desarrollado la figura del arraigo en nuestro país,

---

<sup>211</sup> Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de Morras, María y Pineda, Victoria, Barcelona, península, 2007, p. 188 y 189.

<sup>212</sup> Méndez, Juan E., “Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes”, *28º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, 29 de diciembre de 2014, consultado el día 30 de octubre de 2017 en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>, p. 12.



de inicio constatamos que es una figura jurídica desaprobada por organismos internacionales que se han dado a la tarea de estudiar su aplicación en la realidad social.

Es evidente que al hablar de cifras: “El Relator Especial lamenta, sin embargo, no haber recibido información sobre el estándar de prueba para solicitar un arraigo ni tampoco sobre el universo de personas consignadas que recibieron una sentencia condenatoria firme. Datos recibidos indicarían que, de más de 8.000 personas arraigadas desde el 2008, solo el 3,2% habría recibido condena”.<sup>213</sup>

De todo lo expresado, se nos revela que de una contrastación en la realidad, el arraigo no ha cumplido con una inserción de respeto y garantía en relación con los derechos humanos, es decir, se siguen afectando o vulnerando los mismos, de igual forma el porcentaje de su efectividad es reprobable, esto en razón de que se afecta directamente al principio de libertad y presunción de inocencia con el afán de investigar.

Bajo este escenario, nos adherimos a lo expresado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, quien parece ser asertiva en el sentido de que:

(- -), expresa su preocupación por la existencia del arraigo a nivel constitucional, cuya vigencia es en sí misma contraria a la Convención Americana, debido a que presenta severas consecuencias en el disfrute de los derechos de las personas sujetas a esta forma de detención. Sin perjuicio de los avances en el sentido de reducir la aplicación del arraigo, la CIDH reitera su llamado al Estado mexicano a eliminar el arraigo por completo de su ordenamiento jurídico.<sup>214</sup>

De lo anteriormente expuesto se puede apreciar que la Suprema Corte de nuestro país no ha respetado lo que en repetidas ocasiones le ha sido recomendado por los organismos internacionales, fijamos postura en el sentido

---

<sup>213</sup> *Ídem.*

<sup>214</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Situación de derechos humanos en México”, *Organización de los Estados Americanos*, 31 de diciembre de 2015, consultado el día 30 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>, p. 149.

de que el razonamiento plasmado en la acción de inconstitucional 1250/12 es contrario al espíritu del principio pro persona y en relación con la normatividad internacional, por lo que aseverar que la Corte mexicana es una promotora de los derechos fundamentales es arriesgado.

En relación a la implementación del nuevo sistema penal en México el relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostiene: “Aun cuando el arraigo vaya disminuyendo con la implementación definitiva del proceso penal acusatorio, la medida es contraria al derecho internacional y alimenta la filosofía prevaleciente de detener para investigar”.<sup>215</sup>

En otros términos, cuando una figura restrictiva –como lo es el arraigo– de derechos humanos es elevada a nivel constitucional, encuentra una justificación de acuerdo al principio de supremacía constitucional, no obstante, enfatizamos que esa jerarquía ha quedado desfasada de conformidad a los tratados internacionales que intentan regular con mayor eficacia los derechos de este tipo más allá de la normatividad interna de los Estados.

De igual forma, constata el Consejo de Derechos Humanos que: “Preocupa al Relator Especial que el CNPP autorice una detención domiciliaria (“resguardo domiciliario”), así como un plazo de hasta seis meses de investigación complementaria, luego de la vinculación al proceso y antes de presentados los cargos, para que el Ministerio Público investigue”.<sup>216</sup>

No habrá que confundirse, en el plano material el arraigo no desaparece, solo cambia de fisonomía, así lo establece el artículo 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que entre otras medidas cautelares destaca el resguardo domiciliario y la prisión preventiva como nuevas modalidades de esta figura jurídica polémica.

A manera de conclusión en el presente tema, podemos decir que desde el plano formal el arraigo es correcto, en razón de que se encuentra inserto en el ordenamiento jurídico bajo ciertas reglas y directrices que necesariamente deben ser garantizadas por las autoridades que lo implementan, así lo ha fijado

---

<sup>215</sup> Méndez, Juan E., *óp. cit.*, p. 12.

<sup>216</sup> *Ídem.*

nuestra Suprema Corte en el razonamiento vertido dentro de la acción de inconstitucionalidad 1250/12.

En cuanto al aspecto material, manifestamos que la decisión de la Suprema Corte no es adecuada, en virtud de que desde su implementación el arraigo ha violentado los derechos de la población, tan es así que los organismos internacionales han manifestado su postura frente al Estado mexicano de eliminarlo del texto constitucional, algo que nuestro máximo Tribunal ha hecho caso omiso, por lo que se trata de una decisión correcta pero carente de justificación real.

*B. Evaluación argumentativa del razonamiento judicial en relación al arraigo*

a. ¿Se ha respetado el principio de convencionalidad en relación a los derechos humanos?

Respecto a la interrogante planteada arribamos a las siguientes conclusiones evaluativas:

1. Consideramos que no se ha respetado lo relativo al principio de convencionalidad en referencia a la protección de los derechos humanos en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha privilegiado las restricciones constitucionales sobre la optimización de los mencionados derechos, creando la percepción de que es posible generar figuras jurídicas limitantes de derechos fundamentales y que si se insertan dentro de la Constitución por ese simple hecho serán válidas.

2. Manifestamos que las recomendaciones expuestas por organismos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos humanos han sido evadidas por nuestro máximo Tribunal para la desaparición del arraigo lo que se traduce en un menoscabo en perjuicio de los derechos fundamentales de nuestra sociedad.

3. Sostenemos que al violar dichas recomendaciones, la Suprema Corte mexicana violenta los principios de libertad, presunción de inocencia, libre

tránsito, seguridad jurídica, legalidad por mencionar algunos, por el contrario, fomenta los tratos indignos, degradantes y aquellos que atentan contra la integridad de las personas como la tortura y la privación ilegal de la libertad.

4. Concluimos que resulta confusa la aplicación del principio de convencionalidad en relación con los derechos humanos en México, en razón de que por un lado se consagra dentro del texto constitucional el respeto del principio pro persona independientemente de la norma aplicable –nacional o internacional- que más le beneficie, y por otro lado, con las restricciones constitucionales -como lo es el arraigo- se vulnera en la práctica dicho criterio.

*b.* ¿Cuál es el criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación promueve en cuanto a la interpretación constitucional del arraigo?

1. Afirmamos más no compartimos que el criterio prevaleciente en nuestro país es aquel en el que las restricciones constitucionales se aplican de manera unilateral aunque las normas de carácter internacional expresen lo contrario, por lo que a juicio de la Corte el arraigo es una de esas medidas excepcionales que tienen validez constitucional para poder impartir una administración y aplicación de justicia más adecuada, lo cual consideramos incorrecto.

2. A través de la interpretación de las restricciones constitucionales y puntualmente en referencia al arraigo, juzgamos que la Corte Suprema fomenta la ideología de que es necesario detener a una persona y después investigar si efectivamente tiene algún vínculo con el delito que se persigue, lo que demuestra la ineptitud y falta de preparación de las autoridades persecutoras en la realización de investigaciones más eficaces.

3. En definitiva, evidenciamos que la consecuencia de la interpretación constitucional del arraigo provoca un escenario de incertidumbre jurídica en la ciudadanía, referente al actuar de las autoridades encargadas de la investigación judicial, dando lugar a la vulneración de los derechos de presunción de inocencia, libertad y seguridad jurídica, además de que se ha demostrado que es una medida cautelar con un bajo índice de efectividad.

## II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA EDUCATIVA

### 1. Omisión legislativa del Estado de Oaxaca

#### A. Heterogeneidad, pluralismo y autodeterminación de los pueblos indígenas

La cuestión central dentro del razonamiento de la Corte que nos produjo interés desde el punto de vista de la argumentación jurídica es aquel enfocado a la emisión de la reforma educativa que sin tomar en cuenta a lo expresado por el Congreso de Oaxaca sentó las bases para su consolidación, a criterio del máximo Tribunal no es pertinente consultar a los pueblos indígenas para su implementación, obligándolos a formular leyes *ad hoc* con la legislación federal.

En este punto sostenemos que es importante hacer mención que este tipo de disposiciones condicionan el verdadero fin del Estado democrático, el cual sugiere que todas las manifestaciones sociales, étnicas, políticas, por mencionar algunas sean incorporadas dentro de la toma de decisiones que influyen dentro de los territorios a los cuales va dirigida.

Ante esta situación es conveniente recordarle a nuestra Suprema Corte las palabras que Zagrebelsky ha pronunciado respecto a la afluencia de intereses sociales dentro del Estado constitucional. “El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes”.<sup>217</sup>

Lo heterogéneo representa la integración de un todo bajo elementos de distinta naturaleza, por consiguiente su existencia es inevitable dentro del sistema normativo, para que una reforma pueda considerarse de validez constitucional debe tomar en cuenta los intereses de los grupos étnicos o indígenas que contienen sus propias características particulares, algo que la Suprema Corte minimizó dentro de su justificación argumentativa.

---

<sup>217</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *óp. cit.*, p. 37.

Corroborando lo mencionado con anterioridad es pertinente lo expresado por Zagrebelsky en el sentido de que “los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos <<menores>> que viven a la sombra del estatal y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano”.<sup>218</sup>

Debemos destacar que el pluralismo actual exige de los gobiernos la incursión dentro de la formulación de los ordenamientos normativos de todos aquellos sectores o grupos que experimentan las necesidades reales en determinada materia, en este caso la relativa a la educación, la Suprema Corte en su argumentación, por el contrario busca la homologación de la referida reforma a pesar de los señalamientos expuestos por el Congreso de Oaxaca.

Para concluir lo relativo al libre derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, cabe resaltar que “el papel conflictivo, divergente, cambiante e inacabado del derecho surge por las características de las actuales piezas que lo integran, principalmente los principios, los cuales no son la expresión de un solo objetivo convergente con los demás intereses existentes en las sociedades pluralistas, sino más bien expresiones que representan la misma heterogeneidad”.<sup>219</sup>

En esencia, creemos que la argumentación de la Corte mexicana en relación al respeto y la autodeterminación de los pueblos indígenas se ha visto menoscabado por criterios que buscan sacar un proyecto educativo que si bien trata de mejorar la calidad de la educación en México, está lejos de ser integral en base a los usos, costumbres y derechos que pueden dar soporte a un proyecto tan importante como lo es la educación.

En este tema no se cuestiona si la reforma educativa es pertinente o no, sino el hecho de como actuó la Suprema Corte en relación a no tomar en cuenta las características pluriculturales de una sociedad como la mexicana, simplemente su argumentación se limita a respaldar desde el punto de vista formalista-normativista una encomienda legislativa que se encuentra lejos de

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>219</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principalista...”, *cit.*, p. 27.

promover un respeto por la integración democrática y el equilibrio de la heterogeneidad social.

*B. Evaluación argumentativa a través del chart method de Jhon H. Wigmore*

El diagrama de flechas utilizado por Atienza en el capítulo segundo de la presente tesis, es el que en un inicio fue desarrollado por Jhon H. Wigmore, mismo que posteriormente fue sintetizado por William Twining, Terence Anderson y David Shum, teniendo como propósito el de servir como un flujo de información argumentativa para comparar las posturas esgrimidas por el Congreso de Oaxaca y la Suprema Corte mexicana.

Lo que resta en el presente estudio es valorar las posiciones argumentativas y establecer los alcances y limitaciones de la resolución emitida por el denominado Tribunal Constitucional mexicano, a través de un estudio comparativo-argumentativo de cada uno de los puntos controversiales fijados en la sentencia constitucional.

Primera argumentación discutida: Con lo que respecta a la primer argumentación, el Congreso de Oaxaca (1.1a) y (1.2a) en sí invoca el respeto a los pueblos indígenas, la libre determinación de sus prácticas a través de leyes adecuadas y la conservación de la identidad propia, por otro lado, la respuesta de la Suprema Corte (2.1b) indica que no es óbice consultar a los pueblos originarios por la emisión de la reforma a que está obligado a cumplir, sin mayor cuestionamiento.<sup>220</sup>

En este sentido, consideramos que existe una desvaloración del derecho de los pueblos indígenas por parte del razonamiento emitido por la Suprema Corte, en razón de que minimiza las particularidades que conforman su integración, mismas que buscan consolidarse a través de la libre determinación consagrada en el texto constitucional.

---

<sup>220</sup> Cfr. Capítulo Segundo, "Análisis argumentativo de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", p.p. 23-25.

Ante estas aseveraciones cobra importancia las palabras de Héctor Muñoz Cruz en el sentido de que: “Las diversidades culturales y sociolingüísticas se simplifican exageradamente y se interpretan a través de unas oposiciones con un inequívoco sentido reduccionista, (- -). Las ópticas institucionales, sobre todo, buscan parámetros generalizables al mayor espectro posible de casos, negando de facto las experiencias diferenciadas de educación”.<sup>221</sup>

Por consiguiente, la evaluación que sostenemos del razonamiento de la Corte mexicana dentro de este rubro argumentativo es efectivamente la concerniente al privilegio de la formalidad proveniente de la reforma educativa sobre el estudio pormenorizado de los factores que influyen dentro de las entidades federativas, en este caso la correspondiente a la libre determinación de los pueblos indígenas para crear normas adecuadas a su situación especial en miras de poder generar mejores indicadores educativos.

Segunda argumentación discutida: Prosiguiendo con el estudio de la argumentación vertida en la presente controversia constitucional tenemos lo referente al argumento establecido por el Congreso de Oaxaca (1.3a) en relación al plazo para la emisión de la ley educativa, el cual fue insuficiente debido al grado de complejidad territorial y lingüística dentro de esa entidad, por su parte la Suprema Corte sostuvo (2.2b) que se actualizó la omisión legislativa en relación al vencimiento del plazo fijado para ello.

Nos posicionamos en el sentido de que la Corte no realizó un estudio exhaustivo de la complejidad que conlleva regular una entidad integrada por dieciséis grupos étnicos, cada uno con su propia lengua, costumbres y accesibilidad territorial, esta particularidad puede influir en relación al tiempo de emisión, dicho de otro modo, nuestro máximo tribunal no tomó en cuenta la dificultad de establecer la normatividad en razón a las características mencionadas, por consiguiente sostuvo la razón concerniente a decretar la omisión legislativa.

---

<sup>221</sup> Muñoz Cruz, Héctor, “La diversidad de las reformas educativas interculturales”, *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, México, número 2, mayo de 2002, consultado el día 16 de noviembre de 2017 en <http://redie.uabc.mx/vol4no2/contenido-cruz.html>, p. 4.



Conclusión valorativa: Afirmamos que para que una ley sea efectiva es necesario construirla en base a la integración de las características particulares de los agentes a los que va dirigida –en este caso los pueblos indígenas-, ello permitirá la producción de mejores normas que atiendan las necesidades sociales y reales que conforman su cultura, misma que se refleja a través de la autodeterminación de sus prácticas y costumbres.

## 2. Legislación en materia educativa del Estado de Michoacán

### A. Una valoración argumentativa desde la tópica de Theodor Viehweg

La tópica de Viehweg permite realizar un estudio problematizado en cuestiones jurídicas controvertidas que a primera vista presentan una falta de claridad contundente, por lo que “encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo, y conduce cabalmente a entender el derecho positivo, en su función de respuesta, como una parte integrante de la búsqueda del derecho”.<sup>222</sup>

En esencia, la argumentación vertida por la Suprema Corte –que interesa al campo de la evaluación argumentativa- estableció dentro del tercer concepto de invalidez que se invaden esferas competenciales al pretender que se observen tratados internacionales cuando estos beneficien los derechos docentes, argumenta el máximo Tribunal que es competencia exclusiva de la federación el fijar los parámetros legales para su puesta en operación.

En base al método problemático y en relación a la argumentación analizada en el capítulo segundo de la presente tesis, cabe formular el siguiente cuestionamiento, ¿Nos encontramos en presencia de una restricción a los derechos docentes en México?, ¿Existe la posibilidad de establecer acuerdos posteriores en materia educativa? ¿Es una reforma educativa excluyente en su construcción normativa?

En este punto, cobra relevancia las palabras de Luis Recasens Siches quien expone que “para ese problema o cuestión se busca una respuesta que

---

<sup>222</sup> Sanz Bayón, Pablo, “Sobre la tópica jurídica en Viehweg”, *Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, consultado el día 20 de noviembre de 2017 en <http://www.rfd.es/numero16/02-16.pdf>, p. 95.

sirva como solución al mismo. Mediante una transformación adecuada, el problema es llevado a una derivación más o menos explícita y más o menos comprensiva, desde la cual se investigará la respuesta”.<sup>223</sup>

Lo siguiente es establecer una hipótesis de solución dentro de la apreciación de Viehweg que permita partir de un topos o “lugar común”, y así determinar si la argumentación de la Suprema Corte ha valorado los elementos integrales de una materia que como se ha dicho debe representar una suma de voluntades con el objetivo de crear un marco jurídico sólido.

Resultan importantes las observaciones vertidas por Manuel Atienza en virtud de que la tónica va más allá de valoraciones deductivas, algo muy presente en las resoluciones de tipo legalista, por lo que “la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica”.<sup>224</sup>

Una vez analizada la problemática que se desprende del razonamiento establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y formuladas las preguntas concernientes a la argumentación sustancial de la presente controversia constitucional, así como el hecho de fijar los alcances del planteamiento problemático al cual nos conduce la tónica de Viehweg, estamos en posibilidades de establecer las hipótesis de solución respectivas.

#### *B. Evaluación comparativa con el derecho internacional*

La cuestión fundamental dentro de la argumentación sostenida por la Suprema Corte de Justicia es si existe una restricción a los derechos docentes al momento de la expedición de la reforma educativa e intentar regular sus deficiencias apoyándose en lineamientos internacionales, por lo que es importante establecer qué dicen los convenios supranacionales –por supuesto aquellos vinculantes para el Estado mexicano- en relación a ésta materia.

---

<sup>223</sup> Recasens Siches, Luis, “La tónica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg”, *Diánoia*, México, volumen IX, núm. 09, 1963, p. 296.

<sup>224</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho...”, *cit.*, p. 42.

Dentro de este contexto se actualiza la tesis establecida por la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la UNESCO, promulgada en 1960, misma que dentro del artículo 4 señala que:

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a:

d. Velar por que, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones.

En base a ello, se contradice el razonamiento expresado por nuestro máximo Tribunal, primero al no reconocer competencia internacional en materia de los derechos docentes, es compromiso de todo gobierno reconocerlos y desarrollarlos de manera progresiva, no regresiva, el segundo aspecto estriba en que dentro del rubro de la preparación de los maestros se deben establecer mecanismos que desarrollen las capacidades técnicas y cognitivas, impulsando una política de igualdad y de no discriminación o segregación.

Por lo que opiniones como la de Laura Poy Solano, señalan que las políticas y las orientaciones jurídicas “también viola tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y laborales, que deja en condiciones de vulnerabilidad a los maestros, pues se les niega el derecho de audiencia y a objetar cualquier etapa de su evaluación, (- -)”.<sup>225</sup>

De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo ha enfatizado su deseo de que los Estados miembros respeten los derechos docentes y permitan establecer lineamientos normativos orientados a la producción de oportunidades y tratos iguales, con el fin de impulsar políticas incluyentes que

---

<sup>225</sup> Poy Solano, Laura, “Viola la reforma educativa tratados sobre derechos humanos, advierten abogados”, *periódico la jornada*, publicado el día sábado 13 de abril de 2013, consultado el día 21 de noviembre de 2017 en <http://www.jornada.unam.mx/2013/04/13/politica/008n1pol>, p. 8.

retomen las necesidades laborales, esto se extiende al ámbito de la enseñanza.

En este sentido, es oportuno analizar lo estipulado en el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de fecha 15 de junio de 1960, misma que en su artículo 2 establece que:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Sostenemos que el espíritu de la reforma educativa debe ser aquel orientado al desarrollo de la educación en México, esto representa el hecho de que se imparta una enseñanza de calidad en beneficio de la juventud, esto también envuelve a los docentes, es necesario trabajar con ellos a través de mejores condiciones de trabajo, capacitación y protección de sus derechos para construir una base sólida de maestros-alumnos, algo que las leyes actuales han dejado de lado, lo más preocupante es que todo esto ha sido respaldado por nuestro máximo Tribunal.

Así, desde un enfoque constitucional se advierte que tanto los fines como los valores de las reformas en materia educativa deben promover una política incluyente. “El principio básico de la Carta Magna es que cualquier modificación no puede orientarse más que hacia una progresividad de los derechos consagrados, es decir, no se pueden aprobar cambios regresivos a garantías ya conquistadas”.<sup>226</sup>

Para concluir, consideramos que el razonamiento de la Suprema Corte se orientó a promover la legalidad de la reforma educativa en vez de cuestionar los alcances, limitaciones y consecuencias de la misma, labor que un Tribunal Constitucional realiza, dentro de sus facultades se encuentran la del control abstracto de leyes en cuestiones constitucionales, sin embargo, todavía pesa

---

<sup>226</sup> *Ídem.*

en nuestro máximo órgano jurisdiccional la visión legalista que impide la apreciación del fenómeno jurídico de manera integral.

### III. DERECHO A LA PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

#### 1. Almacenamiento de datos personales en materia de telecomunicaciones

##### A. Estudio valorativo de confrontación material

Para establecer si la solicitud de datos conservados por parte de las autoridades facultadas se encuentra bajo los parámetros de legalidad es necesaria la autorización judicial que determine la validez o justificación de la medida, así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo esto se cuestiona desde el punto de vista material según el estudio realizado por la Red en Defensa de los Derechos Digitales. “De todas las solicitudes de ADC a empresas de telecomunicaciones, únicamente el 1.09% contó con autorización judicial federal. Lo anterior implica que la gran mayoría de las solicitudes no fueron realizadas conforme a lo que establece la Constitución”.<sup>227</sup>

Cabe aclarar que ADC significa acceso a datos conservados, de igual forma se identifica una total insatisfacción del principio de legalidad al que arguye la Suprema Corte y representa una absoluta vulnerabilidad no solo al mandato constitucional en relación del actuar de las empresas de telecomunicaciones y las autoridades públicas, sino también en el perjuicio de las garantías o derechos que se pueden desprender de dicha afectación.

Parafraseando lo estipulado por la Red en Defensa de los Derechos Digitales es pertinente señalar que advierten que las solicitudes para el acceso a datos conservados son menores al número de dispositivos que se analizan, en otras palabras, cuando una autoridad solicita datos a un concesionario lo hace en relación a varios equipos y no solamente uno por solicitud.

Esto se puede explicar a partir del siguiente dato recabado por la Red en Defensa de los Derechos Digitales en donde se asevera que “(- -) la PGR

---

<sup>227</sup> Red en Defensa de los Derechos Digitales, *óp. cit.*, p. 52.

informa haber realizado 30005 solicitudes de ADC a empresas de telecomunicaciones, sin embargo accedió a los datos relacionados con 43014 dispositivos”.<sup>228</sup> Un dato contrastante con las características de previsibilidad e identificación de las actividades que realizan los entes públicos.

Al mismo tiempo, esto nos habla de un uso desmedido de la facultad de acceso a los datos conservados, contrario a lo que defiende la Corte mexicana en el sentido de que el actuar de las autoridades se ajusta debidamente a lo establecido en la normatividad respectiva, el uso indebido de estas atribuciones afecta directamente al derecho de la privacidad y de seguridad jurídica de la sociedad que se ve impedida para conocer quien se encuentra manipulando su información personal.

Otro punto no menos importante es el relacionado con la seguridad jurídica de las personas, dado que la obligación que exige la Suprema Corte se justifica en el hecho de que no se transgrede tal principio en razón de que tanto el acceso como la entrega de datos conservados se realizarán por las autoridades competentes.

Por lo que dentro del estudio sustantivo se advierte que: “Un análisis detallado de la información entregada al IFT por las empresas de telecomunicaciones revela que una gran cantidad de autoridades que no poseen facultad legal o constitucional para llevar a cabo solicitudes de ADC lo hicieron, peor aún, en una cantidad muy importante de ocasiones los datos de los usuarios fueron entregados”.<sup>229</sup>

De lo anteriormente referido, parece que el abuso en la utilización de esta medida no corresponde a lo expresado por la Suprema Corte de nuestro país, efectivamente nuestro máximo Tribunal no realiza un control postconstitucional para regular las deficiencias vertidas en relación con la consecuencia de sus decisiones, lo que se considera como una grave vulneración a los mandatos que ella misma establece.

#### *B. Evaluación en base a la argumentación principialista*

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 59.

#### a. Principio de legalidad y seguridad jurídica

Respecto de lo extraído del análisis de la argumentación de la Suprema Corte se identifica la falta de un estudio exhaustivo respecto a la ponderación que deben realizar tanto los concesionarios como las autoridades que solicitan la información, en cuanto a la vulnerabilidad de los derechos fundamentales que están en juego.

Esto nos lleva a sustentar de forma comparativa con el estudio sustancial o material vertido en el tema anterior, que no existe un adecuado ejercicio o respeto del principio de legalidad, en razón a que en repetidas ocasiones las autoridades actúan sin órdenes judiciales expedidas con anterioridad al ejercicio de la facultad de indagación de los datos personales.

Por estas razones, refutamos y cuestionamos lo sostenido por la Corte mexicana en su argumentación, en razón de que considera el mencionado Tribunal que dicho principio de legalidad se consolida en los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y que son suficientes para regular el ejercicio del almacenamiento de datos y su utilización en favor de las autoridades investigadoras.

Por lo que nos parece acertado lo expresado por Luigi Ferraloli que aunque no se considera como un pensador de corte principialista genera gran aportación con su apreciación del actuar de las autoridades públicas investidas de legalidad, sosteniendo que los “principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas; que ya no son fuentes de legitimación solo externa o política, (- -) sino también fuentes de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación, interna o jurídica, que diseñan la razón social de esos artificios en qué consisten el derecho y el estado constitucional de derecho”.<sup>230</sup>

Esto nos lleva a sostener que las facultades expedidas en favor de las autoridades públicas como los entes privados no son absolutas y que los mismos deben ejercerlas de forma legal, por lo que lo expuesto por la Suprema

---

<sup>230</sup> Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo, coords. *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 536 y 537.

Corte solo legitima el uso de dichas atribuciones, argumentando que es suficiente la normatividad respectiva, sin embargo no genera mejores propuestas argumentativas para impedir el ejercicio arbitrario y desmedido de los concesionarios y la autoridad procesadora.

Consideramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no abona nada en relación a evitar el uso excesivo de la medida en relación a que no se protege el derecho de la población, permitiendo y legitimando que tanto los concesionarios y las autoridades gubernamentales hagan uso de los datos conservados de manera discrecional y en muchos de los casos de manera ilegítima, conduciendo a un detrimento de la seguridad jurídica de la sociedad.

Bajo esta aseveración queremos recalcar lo expresado por Peczenick quien establece que “en cualquier sociedad contemporánea los ciudadanos esperan que el ejercicio de poder público sea predecible y aceptable desde escenarios morales”.<sup>231</sup> Esto nos acerca al ideal del respeto del principio de seguridad jurídica indispensable en toda sociedad democrática.

Esto conlleva a que el ejercicio de la facultad de almacenamiento de datos y otorgamiento a las autoridades que investigan ciertos ilícitos se funde en un escenario de incertidumbre jurídica no solo desde el plano normativo o formalista como lo percibe la Suprema Corte, sino desde el prisma materialista o sustancial en donde los estudios prácticos deben ser retomados por nuestro máximo tribunal para enmendar posibles fisuras en sus decisiones.

#### *b. Protección de datos personales y la vida privada*

Respecto de la protección de datos personales y de la vida privada la Suprema Corte justificó su decisión en el hecho de que los referidos derechos no son absolutos y que sí pueden ser restringidos bajo el velo constitucional, siempre y cuando se respeten los elementos de validez que son exigidos a los concesionarios y a las autoridades investigadoras.

---

<sup>231</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principalista...” *cit.*, p. 109.



Así se puede justificar la obligación impuesta a los prestadores del servicio de telecomunicaciones de almacenar datos en pro de investigaciones concernientes a delitos graves y de los cuales es necesario contener una red de información sobre todas las personas, esto bajo parámetros de legalidad que regulen el ejercicio de los mismos y de los entes prosecutors.

Sin embargo, como se advirtió en la confrontación material, el desempeño ejercido por los particulares respecto a garantizar tanto la vida privada como la protección de datos personales es reprobable, creemos que se están desplegando conductas dirigidas en beneficio de las autoridades gubernamentales, quienes no actúan pensando en los intereses de la sociedad.

Para robustecer lo anterior, es interesante lo expresado por la jurisprudencia alemana bajo el criterio:

*Drittwirkung der Grundrechte* (Eficacia Horizontal de los derechos fundamentales o frente a particulares), teniendo como inspiración principal, la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, explicada en términos simples como aquella que busca la eficacia inmediata de los derechos en cualquier sistema jurídico, independientemente si se encuentra en situaciones de derecho público o privado.<sup>232</sup>

Apoyándonos en la cita que antecede se valora que los derechos fundamentales como el de la vida privada deben prevalecer por encima de cualquier disposición normativa, aunque dicha normatividad en el caso de la obligación de almacenar datos exija a los particularidades cumplir con este requisito, más aún cuando la información sea puesta a disposición de autoridades que pueden ejercer un uso indebido.

En este escenario consideramos que la Suprema Corte actuó de manera inversa, puesto que se privilegia la formalidad contenida dentro de las leyes respectivas para justificar que es una facultad debidamente regulativa y que

---

<sup>232</sup> Schwabe, Jürgen, "Bundesverfassungsgericht und drittwirkung der grundrechte", 1998, citado en López Sánchez, Rogelio, "El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México", *Cuestiones constitucionales*, México, 2012, núm. 27, julio-diciembre de 2012, p. 199.

difícilmente se producirá una afectación directa a los derechos digitales, en contra de una verdadera protección de la vida privada que la considera como un derecho relativo y no absoluto.

En palabras de Rogelio López Sánchez no hay más que agregar que en un Estado constitucional los concesionarios del servicio de telecomunicaciones deben de garantizar los derechos a la protección de datos personales y de la vida privada bajo parámetros ponderativos adecuados, de acuerdo a la eficacia de los derechos fundamentales se trata de información sensible que puede ser manipulada para fines adversos a los estipulados por la finalidad de la ley.

Aunado a ello, Robert Alexy sostiene que:

(- -) ni siquiera intereses mayores de la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada. Si, desde el punto de vista del derecho constitucional, los intereses de la comunidad tienen un peso mayor que la protección de la configuración de la vida privada, necesariamente desplazan a ésta. Si, desde algún otro punto de vista, son superiores, no pueden desplazar la protección ordenada desde el punto de vista de la Constitución, (- -).<sup>233</sup>

Bajo esta apreciación de Alexy hay que destacar lo siguiente a manera de conclusión: En México existe una intervención en relación a la vida privada de las personas, pero también confluye un límite reconocible, el cual se ve evidenciado al momento del ejercicio excesivo de la facultad inherente a los concesionarios y autoridades gubernamentales, la justificación del referido mandato encuentra sus delimitaciones en el propio texto constitucional, esto es, bajo los parámetros del principio pro persona que determina que el derecho a la vida privada es algo invaluable e intransferible, por lo que de acuerdo con el jurista alemán, la superioridad del mismo representa el acotamiento del ejercicio vertido por las autoridades públicas y privadas.

## *2. Prohibición para la entrega de información por la PGR*

---

<sup>233</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdez, Ernesto, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 290.

Lo que concierne al presente tema es determinar si realmente es constitucional la facultad de la Procuraduría General de la República de restringir la entrega de información en favor de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de acuerdo a lo estipulado en el artículo 5 fracción V, inciso c de la Ley Orgánica de la Procuraduría, que como bien sabemos fue declarada constitucional por nuestro máximo Tribunal.

*A. Una valoración argumentativa desde la óptica de Stephen Toulmin y la crítica de Jürgen Habermas*

Para concebir lo anterior, daremos respuesta en base al modelo expresado por Stephen Toulmin, y determinar paso a paso si se cumplen con los requisitos o criterios de evaluación correspondientes, aunado a ello, establecer si la medida resulta discrecional en relación al debido ejercicio de las facultades que debe tener todo órgano que busque privilegiar los derechos humanos como es el caso de la Comisión encargada del resguardo de los mismos.

Para esclarecer esto, es pertinente formularnos la siguiente cuestión: ¿En relación a los derechos humanos, que organismo deberá tener mayores facultades, la Procuraduría General de la República o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?, así también el siguiente cuestionamiento: ¿una restricción relativa a la entrega de información por parte de una autoridad facultada es preponderante sobre el esclarecimiento de garantías procesales relacionadas con los derechos humanos?

Este planteamiento nos conduce al análisis de que si los argumentos expresados por la Suprema Corte son materialmente válidos, en base a esto es pertinente resaltar lo que grandes filósofos como Jürgen Habermas opinan, “la ventaja del planteamiento de Toulmin consiste en que permite una pluralidad de pretensiones de validez; esto es, argumentar significa aquí esforzarse por apoyar una pretensión con buenas razones, pudiendo consistir la pretensión - como hemos visto- en la defensa de un derecho (- -)”.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho...”, *cit.*, p. 102.

Entonces, bajo este planteamiento se puede considerar que el razonamiento de la Suprema Corte mexicana está bien estructurado desde el modelo de Toulmin, ya que la pretensión como elemento fundamental se encuentra justificada bajo el contenido de ciertas razones, garantías y respaldos que conforme a este esquema resultan adecuadas, inclusive se introduce una causa de refutación para que de esta forma no exista una fisura racional.

Sin embargo, para Habermas existe un inconveniente respecto del esquema de Toulmin, debido a que “las formas de argumentación se diferencian según pretensiones de validez que con frecuencia sólo nos resultan reconocibles a partir del contexto de una manifestación, pero que no vienen constituidas como tales por los contextos y ámbitos de acción”.<sup>235</sup>

Esto nos conduce a identificar que el razonamiento de nuestra Suprema Corte se adecua –como lo refiere Habermas- a un contexto de manifestación debidamente justificado, el cual expresa una correcta fundamentación de la figura restrictiva de entregar información en favor de la Comisión de Derechos Humanos, pero carece de elementos concernientes al campo de acción en el cual se desenvuelven los actores públicos.

Este tipo de justificaciones o fundamentaciones argumentativas nos llevan a entender el razonamiento de la Suprema Corte -desde el punto de vista de Habermas- como aquellos enfocados a establecer la aceptabilidad de las normas o acciones que se desprenden de ellas, aunque en el campo práctico adolezcan de validez real.

En base a lo ya expresado podemos contestar las preguntas formuladas al principio de este tema, la primera que nos habla de cual organismo es el adecuado para atender –en todos los sentidos- cuestiones referentes a los derechos humanos, la respuesta es obvia, la Comisión es la pertinente, esto se justifica en base a que el razonamiento de la Corte mexicana no contempló la naturaleza de dicho organismo autónomo, fortaleciendo las facultades de la Procuraduría en este sentido.

---

<sup>235</sup> Habermas, Jurgen, *Theorie des kommunikativen handels*, 1981, citado en *Ibidem*, p. 103.

Esto nos lleva a responder de manera consecuente la segunda interrogante, ¿qué es preponderante?, ¿una restricción para entregar información o la facultad de vigilar que se cumplan dentro del proceso las garantías inherentes a los derechos humanos?, parece que en este sentido nos desapegamos del razonamiento de la Corte mexicana, consideramos que es esencial que los derechos inherentes al ser humano sean protegidos desde cualquier ámbito en el que entren en juego.

#### IV. DISTINTOS TEMAS RELACIONADOS CON LA EVALUACIÓN ARGUMENTATIVA

##### 1. *Libertad de expresión y protección a periodistas*

A. *¿Porque es importante la argumentación contenida en el voto particular expuesto por el ministro Arturo Zaldívar?*

La postura que asume el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, representa el contrapeso argumentativo de la decisión tomada por la mayoría del Pleno de la Corte, contiene una serie de razones que se encuentran bien justificadas desde el plano formal y material, sus objetivos son los siguientes: 1) reconocer la obligación que el Estado mexicano tiene en relación a la optimización del principio de libertad de expresión; 2) La posibilidad de que la Suprema Corte ejerza efectos expansivos en relación a la *ratio decidendi*, propios de un auténtico Tribunal Constitucional.

En cuanto a la obligación del Estado mexicano, es conveniente valorar lo siguiente:

(- -) el deber que en términos del artículo 1° constitucional tienen todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, supone un conjunto de obligaciones positivas tendientes a la plena eficacia del derecho a la libertad de expresión (- -),

obligaciones entre las que está la de brindar protección a los periodistas contra los ataques de los que pueden ser objeto.<sup>236</sup>

Destaca el ministro disidente el imperativo a cargo de las autoridades del Estado mexicano en relación a la maximización del principio de libertad de expresión, en contraposición a los razonamientos expuestos por los ministros del Pleno, Zaldívar recalcó la obligación de los entes públicos en razón de los ataques que sufren los periodistas y la ciudadanía que ejercen este derecho, donde el elemento de la eficacia en la protección es fundamental.

Este pensamiento se adecua a los ideales de la teoría garantista expuesta por Ferraloli en el sentido de que “la misma legalidad ha cambiado de naturaleza en los Estados constitucionales, pues las leyes no sólo son condicionantes para la sociedad, sino que además están condicionadas por vínculos sustanciales y formales”.<sup>237</sup>

Nos pronunciamos en favor de la postura del ministro Zaldívar en razón de que el derecho de libertad de expresión debe ser garantizado por las autoridades públicas, así como el hecho de protegerlo por medio de mecanismos eficaces que se adecuen a las necesidades reales y no solamente formales, no solo en favor de los periodistas sino de toda la sociedad en general.

Insiste el ministro disidente en que “considero que en nuestra labor como Tribunal Constitucional corresponde ser especialmente rigurosos en el análisis de preceptos que pudieran incidir en la eficacia de los mecanismos de protección para periodistas y otras personas que ejerzan su libertad de expresión, (- -)”.<sup>238</sup>

Lo expresado por el ministro Zaldívar en la cita inmediata anterior hace referencia a una de las facultades que pocas veces la Suprema Corte ejerce y que es propia de un Tribunal Constitucional, la concerniente a los efectos

---

<sup>236</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Voto particular en la acción de inconstitucionalidad 84/15”, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Décima Época, 12 de enero de 2017, p. 3 y 4.

<sup>237</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principalista...”, *cit.*, p. 33.

<sup>238</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *óp. cit.*, p. 9.

expansivos en relación a cuestiones de constitucionalidad, de aquí se infiere que si la ley de protección a periodistas no cumple su fin que no solamente debe estar dirigido en establecer mecanismos de protección para los mismos, sino que además debe de proteger a la sociedad en general, se pierde el sentido de la resolución.

Esto se explica en razón a que en eventos que están ligados a la libertad de expresión como aquellos concernientes en la participación no solo de periodistas o colaboradores, sino de la misma ciudadanía, las medidas de protección deben ser impuestas de manera obligatoria a las autoridades gubernamentales, dado el crecimiento en el índice de violencia ejercida en contra de quienes obtienen cierta información que los pone en riesgo.

Este razonamiento también nos lleva a considerar lo expresado por Dworkin en relación a la teoría de la única respuesta correcta, la cual revela que: “(- -) Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es solo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica”.<sup>239</sup>

¿Por qué el razonamiento del ministro Zaldívar se acerca a la tesis de Ronald Dworkin sobre la única respuesta correcta? La contestación sería que al establecerse una facultad expansiva en el estudio de fondo en problemas que llevan inmersos principios que directamente están ligados a los derechos humanos –como el derecho de libertad de expresión-, y dadas las circunstancias que imperan en la realidad –como la afectación y la falta de respeto al mismo-, es pertinente analizar profundamente la problemática desde la óptica constitucional.

Por lo que la argumentación sostenida por el ministro Arturo Zaldívar, es la única que contempla las siguientes vertientes:

1) Promover a través de los efectos expansivos del Tribunal Constitucional la difusión de los derechos humanos en el ámbito interno y externo, 2) Respetar en base al artículo primero constitucional y a los Tratados

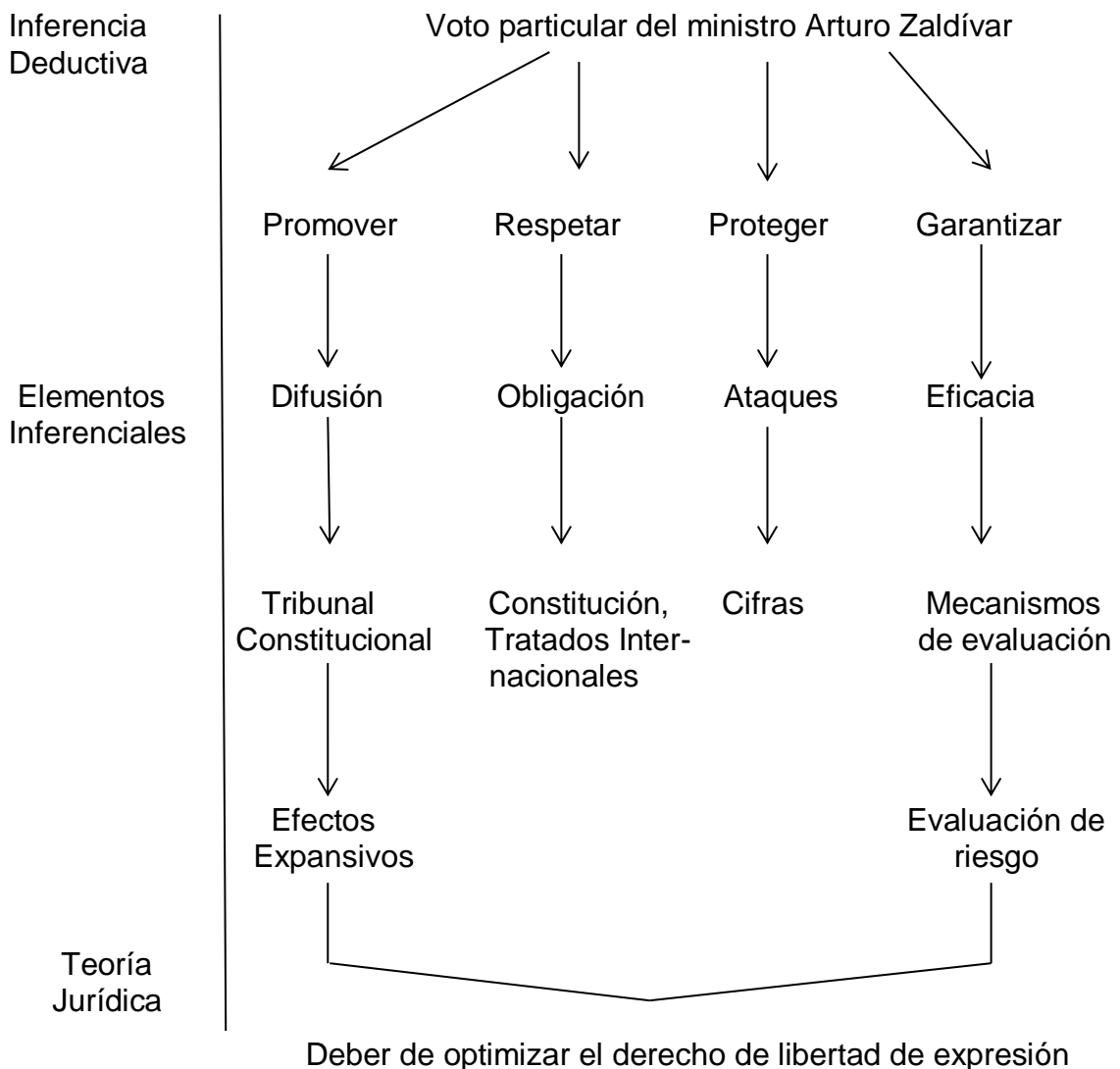
---

<sup>239</sup> Atienza, Manuel, “Curso de argumentación jurídica...” cit., p. 552.

Internacionales los derechos de los periodistas y de la sociedad como una obligación del Estado mexicano, 3) Proteger en cuanto al ataque a periodistas y a la ciudadanía que ejerce el derecho de libertad de expresión, y 4) Garantizar la producción de mecanismos eficaces que evalúen los riesgos reales de los periodistas y de toda la sociedad que se ve inmersa en un evento de esta categoría.

a. Esquema inferencial-racional de la argumentación jurídica contenida en el voto particular

Lo deducido en el párrafo inmediato anterior se puede explicar así:



B. *Evaluación comparativa-argumentativa de la acción de inconstitucionalidad 84/15*



Respecto de la argumentación contenida en el tercer concepto de invalidez concluimos que existe una vulneración al principio de libertad de expresión y de igualdad, en razón de que solo se advierte la protección a los periodistas y colaboradores, existiendo un rango diferenciado entre ellos en cuanto a los alcances de la protección, lo cual no garantiza de manera eficaz la salvaguarda requerida.

Del mismo modo, la ley no es extensiva en proteger a otras personas que no tienen relación con la actividad pero que sin embargo pueden ser parte de un acontecimiento relacionado con la misma, por lo que la finalidad de la Ley de protección a periodistas no busca garantizar el derecho de libertad de expresión de manera integral, generando un escenario de exclusión hacia la sociedad en general.

En relación al cuarto concepto de invalidez cabe resaltar que la medida de protección a periodistas o colaboradores además de ser discriminatoria, para dejar de surtir efectos debe ser manifestada por quien la recibe a través de un acto formalmente instituido por escrito y posteriormente ratificado ante la autoridad competente, por lo que sostenemos que dicha protección debe ser realizada de manera permanente por la autoridad como una obligación establecida.

Se limita el ejercicio del derecho de libertad de expresión en razón de que no se adecua a los requerimientos constitucionales e internacionales en cuanto a la promoción, protección y garantía en un país en donde dentro de su realidad sigue persistiendo la problemática del ultraje a los periodistas y a la ciudadanía, quienes no cuentan con el debido amparo institucional y bajo un estado total de indefensión ante el riesgo inminente de la inseguridad.

El razonamiento del Pleno de la Suprema Corte demuestra la falta de alcance en relación a la problemática real, que va más allá de una simple medida de protección y a quien va dirigida, pareciera que nuestro máximo Tribunal se enfoca una vez más en problemas tecnicistas y formales en vez de atender a la realidad que impera en el país, la cual se traduce en la falta de optimización del derecho de libertad de expresión.

## 2. *Anatocismo o capitalización de intereses*

### A. *Evaluación argumentativa de la contradicción de tesis 31/98 sobre el anatocismo o capitalización de intereses*

Dentro de la evaluación de la contradicción de tesis 31/98 es preciso expresar que existe un paralogismo semántico en cuanto a la figura del anatocismo o también conocida como “capitalización de intereses”, por un lado la Corte no permite el anatocismo en sí, pero por otro, respalda lo concerniente a la capitalización de intereses proveniente de un adeudo que aún no han sido cubierto por el deudor.

Esto se corrobora en el siguiente criterio jurisprudencial de la Suprema Corte: “de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de "intereses sobre intereses", (- -) y de "capitalización de intereses", expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, (- -)”.<sup>240</sup>

En otras palabras la Corte advierte que el anatocismo no tiene lugar en la normatividad mexicana, solo lo referente a los intereses sobre intereses, enseguida enfatiza que la capitalización de intereses es permitida de acuerdo a una interpretación sistemática de los ordenamiento mercantiles que ha sido estudiada en el capítulo segundo de la presente tesis, pero consideramos que los términos son equivalentes, lo importante es la finalidad que se busca conseguir con cualquiera de las dos figuras mencionadas.

Cabe hacer mención a lo estipulado por Agustín Pérez Carrillo en cuanto a que:

“la SCJN admite que la capitalización de intereses procede cuando han sido causados y no pagados y que también procede capitalizar intereses no causados y no pagados. Estas afirmaciones hacen estéril la búsqueda de la SCJN de diferencias entre la capitalización de intereses y el contrato de apertura de crédito en el cual se pacta un crédito

---

<sup>240</sup> Tesis P. LXVI/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998, p. 381.

adicional para el pago de intereses no vencidos y no pagados, pues admite que en ambos se da la capitalización de intereses”.<sup>241</sup>

¿Acaso esto no es una derivación práctica o modal del anatocismo? Consideramos que sí. El anatocismo refiere al cobro de intereses sobre intereses y como la Corte busca justificarlo, establece que solamente lo pactado entre las partes deriva en una figura jurídica legal como lo es la capitalización de intereses, que consiste no solamente en intereses vencidos sino también los que se venzan con posterioridad, lo cual equivale a una práctica permitida pero que a todas luces deviene en contra de los acreditados.

En el mismo sentido la Corte ha confundido la finalidad de la capitalización de intereses, aquí considerada como sinónimo de anatocismo en cuanto a su esencia: “La permisión se establece usualmente como excepción a una regla y existen razones poderosas que la justifican. En el caso planteado realmente no se está en presencia de una excepción a la regla general de prohibición; la prohibición de capitalizar previamente los intereses vencidos y no pagados no tiene excepciones; por ello se confirma el sentido de la prohibición”.<sup>242</sup>

La cita inmediata anterior es relevante para evaluar el razonamiento de la Corte mexicana, podemos explicarlo de la siguiente manera: el anatocismo está prohibido por la legislación mexicana, pero la capitalización de intereses es una excepción a la regla, sin embargo ésta excepción debe estar justificada por argumentos de peso, o bajo circunstancias extraordinarias, lo cual no es el caso, de esta forma el máximo tribunal se equivoca al justificar la celebración del contrato adicional basándose en la fórmula de la permisión y excepción.

Otro aspecto fundamental en la decisión judicial es relativa a la justificación externa, donde cabe preguntarnos ¿Existe algún factor externo que haya condicionado la resolución de la Corte? Para ello es necesario considerar lo siguiente: “La decisión de la corte, desde este punto de vista, se sostiene en

---

<sup>241</sup> Pérez Carrillo, Agustín, “El anatocismo visto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿solución correcta?”, consultado el día 22 de noviembre de 2017 en <https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/37/41-08.pdf>, p. 4 y 5.

<sup>242</sup> *Ibídem*, p.5.

razones económicas antes que jurídicas o, dicho de otra forma, la argumentación jurídica de nuestro máximo tribunal, en el donde, sirvió instrumentalmente a la justificación de una “indispensable” solución económica”.<sup>243</sup>

Se considera que efectivamente el razonamiento vertido en la contradicción de tesis apela a la solución de políticas económicas, dado que como se desprende del análisis argumentativo ya estudiado en el capítulo segundo, en todo momento los argumentos expresados se orientan a proteger la figura de la capitalización de intereses como la de que no existe simulación contractual, encubrimiento ilícito o falsedad ideológica, todo ello de acuerdo a una interpretación sistémica.

Sin embargo, sostenemos que la controversia tuvo relación con el aspecto económico más no con el derecho de los deudores. “El aludido argumento “económico”, empero, solo es sostenible a partir de una concepción ingenua sobre los vínculos entre las dimensiones política y propiamente económica de un fenómeno social como lo es la sentencia dictada por un tribunal”.<sup>244</sup>

Argumento económico no considerado como la síntesis de razonamientos, sino como aquel que tiene relación con la materia económica, y que desde la perspectiva racional queda desligado de la argumentación integral, la cual consiste en valorar todos los aspectos o fenómenos que influyen dentro de la problemática a resolver y que desde el punto de vista del principio de exhaustividad se debió analizar dentro de la argumentación proporcionada por la Corte mexicana.

Por tal razón, enfatizamos que el Tribunal Constitucional mexicano no pronunció una sentencia de acuerdo con las circunstancias, por el contrario: “Optó, como la misma SCJN expresó, por abordar un problema de textos legales mediante la interpretación literal de la ley; se atrincheró en el texto y

---

<sup>243</sup> Gómez Romero, Luis, “El anatocismo, cinco años después (o la resaca del banquero anarquista)”, *Revista de derecho privado*, México, nueva época, 2005, núm. 9-10, septiembre de 2004, p. 72.

<sup>244</sup> *Ídem*.

trató el problema como cualquiera otro sin trascendencia jurídica, social, política y económica en la sociedad mexicana”.<sup>245</sup>

Desde la perspectiva de Ronald Dworkin, creemos que la argumentación de la Suprema Corte es deficiente en razón de que no contempló aquellos principios que infieren en todos los casos difíciles, solamente se hizo hincapié en lo relativo a considerar la figura de la capitalización de intereses o anatocismo inmerso desde la esfera de legalidad, algo que enfatizamos debe ser superado por la visión que se debe exigir a cada uno de los ministros.

Así, podemos considerar que:

(- -) la SCJN no manifestó argumentos de políticas, o sea de los que protegen un interés colectivo, y se limitó a dirimir el interrogante de si se encuentra prohibido o permitido el pacto de intereses sobre intereses; si bien tampoco aludió a principios, o sea a argumentos que protegen un derecho, implícitamente negó el derecho de los contratantes de no ser explotados económicamente.<sup>246</sup>

De una evaluación integral del razonamiento de la Suprema Corte se desprende que la decisión no se encuentra justificada en términos argumentativos, parafraseando a Agustín Pérez Carrillo hace hincapié solamente en el aspecto normativista e incluso confunde premisas como la referente a la capitalización de intereses y el anatocismo inmerso, al mismo tiempo no realizó una valoración integral y exhaustiva del fenómeno jurídico.

Aunado a ello, desde la perspectiva de Dworkin “la mejor opción para el acreedor consiste en la renegociación de la deuda –como lo postula la teoría de la imprevisión que inspiró la propuesta de solución al conflicto en torno al anatocismo ofrecida en los votos de la minoría- de modo que se excluya la posibilidad del incumplimiento eficiente”.<sup>247</sup>

De esta forma se actualiza la tesis de la única respuesta correcta en donde el razonamiento de la Corte mexicana debió orientarse a proteger los

---

<sup>245</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *óp. cit.*, p. 9.

<sup>246</sup> *Ídem.*

<sup>247</sup> Gómez Romero, Luis, *óp. cit.*, p. 84 y 85.

derechos de los ciudadanos frente a las instituciones de crédito, generando criterios de protección económica –renegociación, no capitalización-, en cuanto a los bancos, es pertinente establecer límites y evitar prácticas desleales que solamente desestabilizan la economía social mediante la expedición de este tipo de mecanismos legales.

### *3. La función de legalidad en contra del control constitucional*

#### *A. Control de legalidad versus efectos expansivos de constitucionalidad*

En lo que respecta al tema del control constitucionalidad y la función de legalidad relacionado con la valoración argumentativa de la Suprema Corte, cabe enfatizar que es un asunto controversial en nuestros días, como se ha referido en el capítulo anterior, esta última ha representado un problema en cuanto a los efectos expansivos que como Tribunal Constitucional pretende hacer valer la Corte mexicana.

En este sentido, autores como Miguel García Madrid sostienen que “la SCJN se aproxima a la naturaleza de un Tribunal Constitucional, pero no lo sería en sentido fuerte, porque, (- -), la SCJN no se ocupa especialmente o sólo de la función de constitucionalidad, y se aloja todavía en la estructura del Poder Judicial como un órgano supremo”.<sup>248</sup>

La función de legalidad condiciona el actuar de la Suprema Corte como un verdadero Tribunal Constitucional, ejemplo de ello lo encontramos en la acción de inconstitucionalidad 104/15, en donde se cuestionó en base a criterios formales las facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para promover la referida acción en contra de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Querétaro en materia de inmigración infantil, donde consideramos que nuestro máximo Tribunal dejó ir una gran oportunidad de manifestarse en contra de dicha ley.

Resulta importante lo referido por Manuel de Jesús Esquivel Leyva quien retomando lo dicho por Héctor Fix Zamudio, refieren que los Tribunales

---

<sup>248</sup> González Madrid, Miguel, “Justicia constitucional y configuración de un tribunal idóneo para la eficacia del Estado”, *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, núm. 71, julio-diciembre de 2011, p. 138.

Constitucionales “entre sus principales atribuciones se encuentran, conocer y resolver sobre: (- -) La afectación de los derechos fundamentales de los gobernados”.<sup>249</sup>

Por lo que enfatizamos que más allá de las cuestiones de legalidad como lo es el reconocimiento de una facultad para ejercer acción de inconstitucionalidad en favor o perjuicio de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, un Tribunal Constitucional debe realizar el estudio de la cuestión de fondo, más aún si se trata de cuestiones relacionadas a los derechos fundamentales, en donde el control abstracto de constitucionalidad se debe efectuar independientemente de instancias o atribuciones competenciales.

Ante estas aseveraciones podemos evaluar que respecto a esta acción de inconstitucionalidad 104/15 la Suprema Corte ha presentado un “funcionamiento deficiente del poder encargado por mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales. El Poder Judicial Federal, a pesar de que en los últimos años ha sido modernizado de forma importante, sigue actuando de manera poco “comprometida” (por decirlo de algún modo) con los derechos”.<sup>250</sup>

Esto se torna agravante si estamos hablando de un Tribunal Constitucional, donde su principal tarea es la de proteger los derechos fundamentales, existe la necesidad de seguir trabajando por parte del organismo judicial supremo para conseguir la aceptación y el respeto por parte de la sociedad que demanda un poder auténtico, independiente de los demás poderes, que sea el contrapeso en cuestiones políticas, sociales y fundamentalmente de legalidad al interior de él mismo.

El mismo ministro Arturo Zaldívar ha manifestado que: “El análisis de constitucionalidad de los jueces debe distinguirse del conocimiento de la Constitución a través del método político. Debe desarrollarse un sólido razonamiento, que contenga argumentos que justifiquen suficientemente el

---

<sup>249</sup> Armienta Hernández, Gonzalo, *et. al.*, *óp. cit.*, p. 81.

<sup>250</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, “Cultura de la legalidad y derechos fundamentales”, consultado el día 30 de noviembre de 2017 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/2doCongresoNac/pdf/1MCARBONELLPA.pdf>, p. 3.

sentido de la resolución. Que si bien la decisión pueda ser discutible no sea viable calificarla de arbitraria”.<sup>251</sup>

A manera de conclusión, advertimos que la función de legalidad representa un obstáculo para la Suprema Corte cuando esta trata de ejercer el control de constitucional genuino, la sociedad no se puede conformar con argumentos evasivos que desvíen el cauce real de los problemas de fondo, basándose en la formalidad que las disposiciones normativas otorgan y que conllevan a un detrimento de la función expansiva en favor de los derechos humanos o fundamentales.

#### *B. La necesidad de consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como auténtico Tribunal Constitucional*

Ante la demanda de una justicia auténtica, la proliferación de los derechos humanos y la debida tutela de los mismos, es indispensable que en México exista un Tribunal Constitucional independiente, libre de influencias políticas, jurisdiccionales o de factores externos que condicionen su capacidad y libre ejercicio para el respaldo y protección de la Constitución, es fundamental evitar aquellas leyes o reformas constitucionales que van en contra del espíritu constituyente y por consiguiente de la democracia nacional e internacional.

Bajo esta premisa, la Suprema Corte “debe constituirse como un tribunal absolutamente puro, cuya única tarea sea enjuiciar la constitucionalidad de leyes bajo un modelo de control abstracto, es decir que no derive de alguna controversia particular, con lo que se lograría que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad sea general”.<sup>252</sup>

Es necesario que nuestra Corte se deslinde de la función de legalidad para dar paso a un mejor conocimiento de cuestiones de constitucionalidad en sentido abstracto, reconocemos el esfuerzo que actualmente el órgano supremo realiza por medio de los medios de control constitucional, pero falta

---

<sup>251</sup> Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002, p. 439.

<sup>252</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo las tendencias europeas actuales...”, *cit.*, p. 4 y 5.



dar el siguiente paso en cuanto a su independencia total y acrecentar sus facultades más allá del procesalismo que demanda el principio de legalidad.

Como lo refiere Sergio Salvador Aguirre Anguiano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Debe gozar de independencia en cuanto a su ejercicio jurisdiccional, que le permita contar con la facultad de anular leyes que considere violatorias del texto constitucional, lo que lograría a través de un control directo y abstracto de la ley; es decir, mediante un ejercicio libre de depuración jurídica, cuyos efectos sean la anulación de los preceptos que atenten contra el texto y el espíritu de la Constitución.<sup>253</sup>

Esto sería algo novedoso y trascendente en el sistema mexicano, permitiría expulsar aquellos actos de autoridad, iniciativas o leyes promulgadas por los poderes de la Unión, así como los criterios en materia jurisprudencial que pueden vulnerar los lineamientos constitucionales, al mismo tiempo evitar modificaciones a la Constitución que puedan generar afectaciones materiales a los derechos humanos o modificar las ya existentes, algo que en la actualidad es muy difícil de lograr.

Por último, “se posibilitará la utilización de un discurso constitucional de naturaleza autónoma, el cuál además sería efectuado en un escenario de diversidad profesional, tranquilidad, aislamiento y profundidad, elementos necesarios para lograr un adecuado entendimiento y vigencia de los ideales morales en las cartas de derechos, (- -)”.<sup>254</sup>

La consolidación representa un nuevo inicio en la forma de ejercer la justicia en nuestro país, sin dudas genera polémica entre los estudiosos del Derecho, no obstante estamos convencidos que ante los problemas actuales se necesitan nuevos mecanismos suficientes para cumplir con las necesidades

---

<sup>253</sup> Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional”, consultado el día 30 de noviembre de 2017 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2390/4.pdf>, p. 9.

<sup>254</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo las tendencias europeas actuales...”, *cit.*, p. 5.

sociales con el propósito de mejorar en relación a nuestra calidad de vida y de acuerdo al pacto constitucional y democrático.

## CAPÍTULO CUARTO. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SENTENCIAS INTERNACIONALES

### I. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

#### 1. *Sentencia 16574/08 de fecha 07 de febrero de 2013*

##### *A. Aplicación de las leyes conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos*

Los criterios expresados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al principio de convencionalidad derivan de un juicio sucesorio en donde un hijo ilegítimo solicitó el reconocimiento de sus derechos hereditarios, los cuales fueron desconocidos por el Tribunal Superior de Justicia de Francia argumentando que su filiación parental con la autora de la herencia se encontraba fuera del vínculo matrimonial, causando una afectación por motivos de discriminación y respecto a sus derechos patrimoniales.

Sin embargo, hay disposiciones contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que no fueron tomadas en cuenta por la referida administración de justicia nacional, razón por la cual el Tribunal Europeo dejó en claro que la aplicación de dichas normas y los criterios que se desprenden de ellas, deben ser observados por el ámbito interno de los países que forman parte de su jurisdicción.

Es así como “compete al Tribunal decidir en última instancia sobre el respeto a las exigencias del Convenio. Al ser éste sobre todo un mecanismo de protección de los derechos humanos, el Tribunal debe por tanto tener en cuenta la evolución de la situación en los estados contratantes y reaccionar, por ejemplo, al consenso susceptible que pueda nacer con relación a las normas a alcanzar”.<sup>255</sup>

Es interesante como la jurisdicción ejercida por el Tribunal Europeo permea a los países participantes, analiza la situación particular de los mismos

---

<sup>255</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sentencia de fecha 07 de febrero de 2013, caso Fabris contra Francia*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2013, p. 19.

y ejerce fuerza vinculante mediante los criterios expuestos en sus sentencias, vigila la normatividad interna de los Estados y condiciona la actuación de los organismos judiciales que con sus actividades pueden afectar derechos humanos.

También es destacable que dicho Tribunal entre sus atribuciones se encuentra la de influir en los criterios interpretativos de la normatividad perteneciente a los Estados miembros.

(- -) no podría quedarse impasible cuando la interpretación realizada por parte de una jurisdicción nacional de un acto jurídico, bien una cláusula testamentaria, un contrato privado o un documento público, una disposición legal o incluso una práctica administrativa, parece poco razonable, arbitraria o en flagrante contradicción con la prohibición de discriminación establecida en el artículo 14 y más ampliamente con los principios subyacentes al Convenio.<sup>256</sup>

En este punto, el Tribunal Europeo cuestiona la argumentación sostenida por los tribunales locales, emite recomendaciones de cómo deben alinearse las normas internas en relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en base a un argumento de identidad completa entre las normas internas y el Convenio Europeo, algo que la Suprema Corte mexicana busca controlar apoyándose en las restricciones constitucionales que ya conocemos.

Al mismo tiempo, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha establecido lo relativo al principio de no discriminación en relación al beneficio de las garantías y libertades que él mismo promulga, respecto al caso analizado establece una serie de categorías como la relacionada con el nacimiento –aplicable al presente asunto-, en donde se protegen los derechos para erradicar los tratos desiguales de las personas por razón de su condición parental.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>257</sup> *Cfr.*, Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En este sentido, es apreciable como los derechos humanos contenidos en el referido instrumento normativo son aplicables más allá de las leyes internas de los países miembros, por supuesto esto no significa el dejar de analizar las particularidades territoriales, culturales o de cualquier otra índole, solamente demarca que cuando existan una serie de atropellos en contra del espíritu del Convenio Europeo éste deberá prevalecer, algo totalmente contrario al caso de México.

De manera comparativa, el Estado mexicano no ha logrado en su totalidad la protección de los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación intenta salvaguardarlos pero con cláusulas restrictivas, si se quiere lograr la garantización de aquellos derechos deberá aplicar el principio de validez normativa, en cuanto a la Unión Europea se establece que “la Corte tiene como función principal velar por que la legislación nacional sea aplicada de conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos”.<sup>258</sup>

En nuestra opinión, esto demarca la enorme diferencia entre la aplicabilidad de los criterios expuestos por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el primero exige a los Estados que adecuen sus normas al espíritu del Convenio, en el caso de la segunda, aunque su finalidad sea la protección de los referidos derechos, algunos países –donde destaca México- no tienen la voluntad real de transponer su soberanía en favor de los derechos inherentes a toda persona.

#### B. *Principio de proporcionalidad y persecución del fin legítimo*

Es destacable como el Tribunal Europeo aplica el test de proporcionalidad, cuestiona la finalidad de la ley que a *prima facie* busca regular de manera óptima las situaciones relacionadas con la filiación y el parentesco -sin que esto logre ser justo en el caso concreto-, también resulta interesante como establece una interpretación expansiva donde ve más allá de las limitaciones literales del contenido normativo interno.

---

<sup>258</sup> García Mechsner, Cristián (ed.), *Jurisprudencia comparada, resúmenes de sentencias relevantes de tribunales superiores del mundo*, Chile, Tribunal Constitucional de Chile, 2015, p. 424.

Por lo tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica:

En este sentido, la restricción de los efectos de la ley de filiación del año 2001 puede tener un fin legítimo, si lo que se busca es precisamente generar mayor seguridad jurídica. La Corte considera, sin embargo, que el fin perseguido no resulta proporcionado. Para ello, la Corte tiene en consideración que tal fin resulta cuestionable en el caso concreto, ya que los herederos tenían conocimiento de su existencia y de la eventualidad de que el afectado podía ejercer acciones de reclamación de herencia.<sup>259</sup>

La valoración precisada por la Corte Europea está dirigida en el sentido de que la finalidad de la ley de filiación no comprende el supuesto en el que una persona que no fue legítimamente reconocida como heredero quede desprotegida, esto a partir del hecho de que los demás herederos utilizan la ley en su beneficio, discriminándolo por medio de razones vinculadas al parentesco, menoscabando sus derechos hereditarios.

Bajo estas aseveraciones “el Tribunal considera que el fin legítimo de protección de los derechos sucesorios del hermanastro y de la hermanastra del demandante, no tiene un peso tal que deba predominar sobre la pretensión del demandante de obtener una parte de la herencia de su madre”.<sup>260</sup> Es así como en este punto se realiza el test de proporcionalidad en sentido estricto por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Debemos entender que se trata de una valoración de distintos derechos, por un lado, la facultad que otorga la ley a los denunciados de la herencia y por el otro, la protección derivada de la normatividad internacional –en este caso la Convención europea- en favor del apelante que insiste en el reconocimiento de sus derechos hereditarios, una cuestión de peso para analizar de manera prudente.

Respecto a este test se debe tener presente lo siguiente:

---

<sup>259</sup> *Ídem.*

<sup>260</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *óp. cit.*, p. 23.

Se trata de un principio típicamente relacional, de gran eficacia operativa en el ámbito de la igualdad, porque intenta ofrecer una solución objetiva basada en la ponderación que permite explicar la objetividad y razonabilidad del trato diferente a supuestos de hecho que aparentemente deben ser tratados iguales, pero que presentan características relevantes suficientes como para fundar una individualidad ante la ley.<sup>261</sup>

El test de proporcionalidad se establecería en los siguientes términos: Los derechos de sucesión son garantizados por la ley de filiación francesa, sin embargo en el caso concreto, el derecho a la masa hereditaria de los hijos legítimos no corresponde a una finalidad que garantice los derechos humanos a la no discriminación o al detrimento económico del hijo nacido fuera del matrimonio, por lo que el espíritu de la ley en comento debe recoger la interpretación del Tribunal en relación al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enfatizó que “como no ha existido proporcionalidad en el fin perseguido por la legislación, no se justifica una discriminación y un atentado a la propiedad del demandante”.<sup>262</sup> Este es el resultado de la apreciación realizada por la Corte Europea que determina el injustificado fin de la ley de filiación que no cumple con este supuesto de hecho.

Bajo el principio de proporcionalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestiona la legitimidad de la ley de filiación y la decisión del Tribunal jurisdiccional francés, establece el criterio que debe prevalecer en favor de todas las personas a no ser discriminadas en razón de su situación parental y con ello la aplicación indebida de las leyes que dejan en estado de vulnerabilidad a quienes no fueron reconocidos como hijos dentro del matrimonio pero que siguen siendo personas con derechos hereditarios.

---

<sup>261</sup> Chano Regaña, Lorena, “Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo, especial referencia a los derechos fundamentales”, *revista universitaria europea*, España, núm. 23, julio-diciembre de 2015, p. 158.

<sup>262</sup> García Mechsner, Cristián (ed.), *óp. cit.*, p. 424.

A forma de síntesis, “el Tribunal concluye que no concurría una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido. La diferencia de trato de la que fue objeto el demandante no tenía una justificación objetiva y razonable. Por tanto, se ha producido una violación del artículo 14 del Convenio (- -)”.<sup>263</sup> Aquí se puede identificar un ejercicio argumentativo que sostiene que se realizó la exclusión de un criterio apropiado por parte de la jurisdicción interna.

De esta forma es como un Tribunal supranacional realiza un análisis de la normatividad interna de un país sometido a su jurisdicción, incluso es determinante en el sentido de establecer las razones de por qué no deben de ser interpretadas las leyes en un sentido discriminatorio, aunado a ello genera un precedente que debe ser respetado por el Estado francés, una clara muestra de voluntad judicial en favor de los derechos humanos.

En palabras de Jaime Cárdenas Gracia: “Ahí está la riqueza del principio de proporcionalidad que mantiene la pluralidad de principios, y que acude a la realidad del caso para cualquier definición de precedencia condicionada”.<sup>264</sup> Lo cual permite un mejor entendimiento de los límites o alcances de las leyes que se intentan aplicar a los casos concretos donde no siempre la aplicación de la literalidad normativa representa el mejor criterio de solución.

En cuanto a la soberanía de los Estados -aplicable al sistema de justicia mexicano- sostenemos que el compromiso con los derechos humanos debe ir más allá de las fronteras constitucionales, los parámetros de jerarquización normativa dejan de lado ventajas significativas en favor de las personas que no encuentran justicia dentro del derecho interno, necesariamente el compromiso debe ser atendido y protegido por jurisdicciones que pueden representar un cambio significativo en las conductas de los organismos públicos.

A manera de colofón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que:

---

<sup>263</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *óp. cit.*, p. 24.

<sup>264</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho...”, *cit.*, p. 151.



(- -) la adopción de medidas generales implica para el Estado la obligación de prevenir, con diligencia, nuevas violaciones parecidas a las constatadas en las sentencias del tribunal (- -). Ello entraña la obligación, impuesta al juez nacional, de asegurar, de conformidad con su orden constitucional y en el respeto al principio de seguridad jurídica, el pleno efecto de las normas del Convenio, tal como las interpreta el Tribunal.<sup>265</sup>

Nuestra postura se orienta en el sentido de que de esta forma se forjan los cimientos para una justicia supranacional en favor de los derechos humanos, la argumentación sostenida por la Corte Europea representa un parámetro a seguir en cuanto a la cesión de soberanía en favor de un interés supra judicial, el cual encuentra su justificación en la necesidad de garantizar el libre desarrollo y protección de los derechos humanos, algo que en el sistema interamericano todavía está en proceso de consolidación.

## II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. *Sentencia U 466/11; U 1836/11 de fecha 14 de marzo de 2012*

#### *A. Inclusión de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la Constitución*

Los razonamientos desarrollados por el Tribunal Constitucional austriaco provienen de un problema suscitado por dos ciudadanos chinos, quienes solicitaban conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el derecho a ser escuchados en audiencia pública, alegando la vulnerabilidad al debido proceso por parte del Tribunal de Asilo, el recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional, no obstante, ejerciendo la facultad expansiva de constitucionalidad, estableció las bases para determinar el alcance de los derechos fundamentales.

Una sentencia por demás interesante en el sentido de ceder soberanía constitucional y dar paso a un nuevo criterio de aplicación de los derechos fundamentales. “El TC determinó, en primer lugar, que considerando que el

---

<sup>265</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *óp. cit.*, p. 24.

Tratado de la Unión Europea se traduce en que el derecho comunitario es directamente aplicable al derecho interno, éste último no puede estar en contradicción al derecho comunitario, y si así fuere, debe primar éste último”.<sup>266</sup>

Resalta el criterio resuelto por el Tribunal Constitucional de Austria al aplicar el principio de no contradicción y de validez normativa, el primero demanda la alineación de las normas de carácter interno con lo pactado en la Carta de Derechos Fundamentales y el segundo haciendo referencia a qué norma debe prevalecer en caso de controversia, es así como decide optar por la aplicación de los lineamientos primarios expresados en el Tratado de la Unión Europea.

De esta forma, busca garantizar de manera plena los derechos consagrados en la normativa internacional, con un claro impacto en el ámbito interno. “Así la Carta, cuya formulación y clasificación de derechos es semejante a los derechos garantizados por la Constitución, pasó a ser para el Tribunal Constitucional un instrumento de control de los actos administrativos y las leyes, a diferencia del resto del Derecho de la Unión”.<sup>267</sup>

Utilizando una argumentación de índole comparativa, deducimos que en contraste con el derecho mexicano, existen claras discrepancias en este rubro, dado que en nuestro país no termina por transfigurarse la doctrina de la Corte Interamericana, cuestionándose la aplicabilidad de la jurisprudencia supranacional, esto claramente en perjuicio de la expansión de los derechos fundamentales que demandan un alcance más allá de las fronteras nacionales.

Avanza el Tribunal Constitucional austriaco y apuesta por la supremacía de los derechos fundamentales. “El TEDH es directamente aplicable en Austria y tiene rango de ley constitucional. Los derechos que garantiza son los derechos que están garantizados por la ley constitucional en el sentido de los

---

<sup>266</sup> García Mechsner, Cristián (editor), *óp. cit.*, p. 215.

<sup>267</sup> Merli, Franz, “La justicia constitucional y el derecho de la UE en Austria”, *UNED. Teoría y realidad constitucional*, España, núm. 39, 2017, p. 526.

artículos 144 y 144 bis de la Constitución y deben ser protegidos por el Tribunal Constitucional”.<sup>268</sup>

En la cita que antecede se hace referencia al Tratado o Convención Europea de Derechos Humanos, se hace hincapié en que las disposiciones contenidas en él que protejan los derechos de las personas serán del mismo nivel jerárquico que la Constitución, por tal razón se deberá observar su cumplimiento, resalta la obligación que adquiere el Tribunal Constitucional de garantizar su debido respeto y prevalencia.

Con esto, se buscó a través de la facultad expansiva de constitucionalidad ejercer una nueva visión de los derechos fundamentales, apostando por la incorporación de lineamientos supranacionales con el objetivo de generar un mayor marco de protección normativa, “la CDF es expresión de un llamamiento a un «cambio de paradigma», vacilante si se quiere, pero inconfundible en sí mismo, y esto es lo que la resolución austriaca en cuestión constata”.<sup>269</sup>

Se hace referencia en la cita inmediata que antecede a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sin dudas la finalidad del Tribunal austriaco es la de impulsar una verdadera transformación en cuanto a la materia, la voluntad por el mejoramiento de las condiciones relacionadas con los referidos derechos es clara, algo que debe ser retomado por la Corte mexicana en pro de intereses superiores a los de jerarquía constitucional.

Otro aspecto destacable es el referido al principio de equivalencia desarrollado en la presente sentencia y es que el Tribunal Constitucional austriaco enfatiza que:

(- -) a partir del principio de equivalencia, conforme al cual debe aplicarse el derecho interno de manera equivalente al derecho comunitario cuando los propósitos son similares, se debe entender que

---

<sup>268</sup> Tribunal Constitucional de Austria, *Sentencia U466/11-18; U1836/11 de fecha 14 de marzo de 2012*, Viena, Corte Constitucional, 2012, p. 10.

<sup>269</sup> Cruz Villalón, Pedro, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la Comunidad constitucional europea”, *Teoría y realidad constitucional*, Viena, núm. 39, 2017, p. 91.

los derechos invocados en la Carta pueden ser invocados para cuestiones internas, lo que se traduce finalmente que los derechos fundamentales establecidos tanto en la Carta como en la Constitución deben ser vistos como equivalentes.<sup>270</sup>

Este principio responde a la necesidad de homologar criterios normativos en favor de los derechos fundamentales, es indispensable establecer puntos de acuerdo en los cuales la normativa interna no obstaculice el alcance recogido en los lineamientos internacionales, al mismo tiempo la permisión de invocar dentro de los países las normas referentes a la mejor protección de los suscitados derechos deviene inaplazable.

Afirmamos que esto no se cumple de manera completa en México, en donde en lugar de permitir la invocación de los derechos fundamentales de acuerdo al principio *pro homine* nos encontramos con cláusulas limitativas de los mismos, podríamos agregar que al contrario del caso austriaco, nuestro país –bajo estas permisiones restrictivas- ha impulsado una serie de figuras jurídicas que se apoyan en las prohibiciones constitucionales, ejemplo de ello es la conservación y el acceso a datos personales.

Sigue enfatizando el Tribunal Constitucional de Austria que “en procesos en los que el derecho comunitario juega algún rol, la Carta debe verse como la Constitución, por lo que los derechos fundamentales garantizados por ella están también asegurados por la Constitución austríaca, por lo que pueden ser invocados ante el TC”.<sup>271</sup> Otorgando una herramienta más de protección a los derechos fundamentales que necesitan de criterios como el aquí referido.

Es destacable el rango jerárquico que se le otorga a la Carta, el cual se encuentra al mismo nivel que la Constitución austríaca, también se desprende la obligación por parte del Tribunal Constitucional de observar, cumplir, aplicar y crear jurisprudencia tendiente a solidificar una doctrina de los derechos fundamentales, algo que hasta ese momento no había sido desarrollado, por este motivo el razonamiento vertido es de suma importancia en la actualidad.

---

<sup>270</sup> García Mechsner, Cristián (ed.), *óp. cit.*, p. 215.

<sup>271</sup> *Ídem.*

Consideramos que nuestra Suprema Corte, en comparación de lo desarrollado por la doctrina jurisprudencial austriaca, debe tomar cartas en el asunto y asumir una posición que favorezca a los derechos fundamentales, ir más allá de las atribuciones formalistas y generar una nueva visión que favorezca a la realidad actual, este tipo de derechos exigen mejores lineamientos y no de criterios orientados a limitarlos de manera injustificada.

De igual forma, destaca la Corte austriaca el hecho de la uniformidad en la creación de una doctrina sobre los derechos humanos, así señala que “este Tribunal Constitucional concluye que los derechos fundamentales resultantes de las constituciones nacionales, los tratados internacionales, y desde el CDFUE, debe interpretarse en forma consistente como sea posible”.<sup>272</sup>

Este razonamiento apela al principio de consistencia el cual se puede entender como aquel que tiene por objeto el desarrollo de criterios acordes con las legislaciones que confluyen en determinado ámbito de aplicación, así se podrá lograr de acuerdo al principio de coherencia normativa dentro del nivel supranacional una mejor utilización de los ordenamientos normativos en favor de las personas.

Al respecto autores como Chr. Bezemek, se pronuncian en favor de la doctrina desarrollada por la Corte austriaca, “«en parte por su carácter progresista, en parte por su esfuerzo por reivindicar para el Tribunal Constitucional la esfera de los derechos fundamentales, aspirando a una jurisprudencia más coherente en materia de derechos fundamentales en el seno de la justicia austriaca»”.<sup>273</sup>

En cuanto a la opinión de Bezemek, los derechos fundamentales necesitan de un nuevo parámetro de aplicación, una nueva fórmula que permita aportar en favor de las personas un catálogo amplio y efectivo de garantías que todo Estado debe cumplir cabalmente, no basta con el contenido formal, sino que se torna indispensable el ámbito material, donde la realidad de los referidos derechos ha sido menoscabada.

---

<sup>272</sup> Tribunal Constitucional de Austria, *óp. cit.*, p. 14.

<sup>273</sup> Cruz Villalón, Pedro, *óp. cit.*, p. 98.

Como se ha venido mencionando en líneas anteriores, otro elemento a destacar dentro del razonamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional austriaco es en relación a la materialización de los referidos derechos. “El «valor», en términos de eficacia jurídica, de una declaración de derechos como la CDF sería superior (no sería «comparable») al de un «fondo de derechos fundamentales», digámoslo así, decantado judicialmente”.<sup>274</sup>

La Carta de Derechos Fundamentales es una garantía que deja expresado por escrito aquellos lineamientos a respetar y cumplir, no son derechos que se deben encontrar solamente en las resoluciones judiciales, sino que se deben enunciar, en otras palabras, es necesario asentarlos en un documento legítimo y no hacer alusión a ellos solamente como un asunto referencial.

Se aduce por parte de la Corte Constitucional austriaca que:

(- -) se puede concluir, también para esa parte, que las futuras restricciones (más allá de los de procedimiento penal) son admisibles. Sin embargo, dado que la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH, no puede ser extraída directamente en este punto, en la medida de aseguramiento de las garantías individuales está determinada en última instancia por el artículo 52 (1) CDFUE, en otras palabras, por el principio de proporcionalidad.<sup>275</sup>

Este punto es interesante debido a que se hace referencia a las limitaciones de los derechos fundamentales, las cuales el Tribunal Constitucional las considera como válidas, no obstante, nos señala que deben prevalecer los derechos sobre las restricciones y en relación a su prohibición deberá realizarse un ejercicio proporcional que determine desde la óptica de la argumentación jurídica su validez.

Por consiguiente, este Tribunal de garantías exige el respeto de los multicitados derechos por todas las autoridades que conforman el Estado austriaco, es así como “los miembros de la administración pública que adopten

---

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>275</sup> Tribunal Constitucional de Austria, *óp. cit.*, p. 17.

decisiones, como también legisladores, deberán tener en consideración que la Carta se considera equivalente a la Constitución”.<sup>276</sup>

Es así como se busca el total respeto por los derechos fundamentales en Austria, una doctrina que no solo involucra a las autoridades judiciales, sino que emplaza a los órganos públicos que ejercen el poder, siendo reiterativo en el hecho de que se considera a la Carta de derechos fundamentales como equiparada a la misma ley fundamental, por consiguiente las autoridades de todos los niveles de gobiernos deberán prestar atención a no incumplir con sus contenidos.

Es pertinente señalar que en México la tarea que demanda el respeto y cumplimiento por las autoridades de estos derechos es todavía deficiente, actualmente los derechos fundamentales en nuestro país no se garantizan de manera oportuna, es necesario retomar el ejemplo de Austria y así tratar de mejorar respecto al desarrollo de este tipo de ordenamientos que buscan proteger a la sociedad del abuso del poder y de la inseguridad arraigada en nuestro territorio.

Cabe concluir que el Tribunal austriaco ha generado la pauta a seguir en esta materia. “La construcción argumentativa es, sin duda, arriesgada, como también es cierto que el tribunal se enfrentaba a una dificultad para explicar el cambio doctrinal. El entendimiento que la sentencia hace del mandato del principio de equivalencia puede ser discutido, pero posee lógica”.<sup>277</sup>

Nos encontramos con una argumentación progresiva que trata de establecer nuevos canones jurídicos en una realidad que demanda una nueva forma de abordar el fenómeno del Derecho, los derechos fundamentales no son una disciplina que se pueda garantizar solamente con los lineamientos internos de los países, sino que requiere de un esfuerzo conjunto en donde se deben anteponer por encima de cualquier interés o cualquier autoridad.

Una razón de peso que identificamos en la presente sentencia, se encuentra orientada al objetivo de que busca prevenir posteriores situaciones

---

<sup>276</sup> García Mechsner, Cristián (ed.), *óp. cit.*, p. 216.

<sup>277</sup> Cruz Villalón, Pedro, *óp. cit.*, p. 99.

que pudieran incidir en la falta de observancia a lo señalado en la resolución, y es que debe existir “la <<imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior>> cual sería en este caso la ley interna opuesta al Derecho europeo”.<sup>278</sup>

Esto se traduce en un verdadero convenio supranacional, declarar la no realización de posteriores conductas relacionadas con la aplicabilidad de normas internas, de criterios jurídicos o de una falta de observancia de lo celebrado y ratificado ante la directiva europea de derechos fundamentales, sin lugar a dudas se trata de un verdadero ejercicio de los alcances y el dominio de una mejor normativa en favor de las personas que deviene como un requisito a cubrir.

De esta forma, la sentencia analizada nos enseña que:

(- -) el Tribunal Constitucional austriaco en su jurisprudencia sobre la CDF. Su sentencia de 14 de marzo de 2012 no es, por ello, solamente importante para el ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro. Por el contrario, se trata de una doctrina que, más allá de las particularidades de este ordenamiento, tiene capacidad para inspirar a otros tribunales situados en la «liga de tribunales constitucionales europeos».<sup>279</sup>

Esto se puede aplicar al caso de México, en donde ésta doctrina desarrollada por la Corte Constitucional de Austria invita a los demás Tribunales superiores no solo de Europa sino de todo el mundo a apostar por la expansión de los derechos fundamentales, la integración de la normatividad internacional y el equiparamiento de los ordenamientos en favor de una mejor realidad, misma que ha sido demandada por la sociedad desde hace mucho tiempo.

---

<sup>278</sup> Garrorena Morales, Ángel, *Derecho constitucional, teorías de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª. ed., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013, p. 195.

<sup>279</sup> Cruz Villalón, Pedro, *óp. cit.*, p. 100.



Esto es así dado que “el Tribunal Constitucional alemán se toma muy en serio el Derecho de la Unión Europea. No solo es que, por principio, no se oponga al mismo por, sino que, además, contribuye a su aplicación. Por otra parte, mediante una jurisprudencia diferenciada ha encontrado un enfoque constructivo que, sin descuidar su propio papel, sirve también al Derecho Constitucional austriaco”.<sup>280</sup>

Utilizando un argumento comparativo *a contrario sensu* en relación al caso mexicano, en nuestra experiencia jurídica no se está aprovechando el amplio bagaje interamericano, dejando de aplicar esta doctrina en favor de los derechos humanos, no existe una visión constructivista –a diferencia del Tribunal Constitucional austriaco- que pueda aportar connotadas significaciones de manera progresiva para mejorar las situaciones internas en relación con la protección y el respeto de los mismos.

### III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

#### 1. *Sentencia BVerfGE 107, 299 de fecha 12 de marzo de 2003*

##### *A. Inviolabilidad de las telecomunicaciones*

Se puede iniciar precisando que dentro de la doctrina alemana se encuentra incluido lo referente a la inviolabilidad de las telecomunicaciones, así está determinado por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana en su artículo 10 párrafos 1 y 2, no obstante, cabe aclarar que no se considera por la jurisprudencia alemana –al igual que México- como un derecho absoluto.

Por lo que el artículo 10 párrafos 1 y 2 establece que:

(1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables. (2) Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no

---

<sup>280</sup> Merli, Franz, *óp. cit.*, p. 528.

se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.<sup>281</sup>

En este sentido, cabe precisar que nos encontramos en presencia de dos factores recurrentes, el primero que la inviolabilidad de las telecomunicaciones es un derecho fundamental en la sociedad alemana, sin embargo el segundo, advierte a la existencia de restricciones, destaca el hecho de que en ciertos casos esté permitido no informar a la población, sin embargo esto no exime de la responsabilidad de garantizar el principio de legalidad, así como la adecuación a los criterios que la misma Constitución exige.

Es necesario precisar lo que en Alemania se entiende por restricciones constitucionales para poder hacer un análisis comparativo, de esta forma Robert Alexy describe de manera precisa que: “Las barreras de los derechos fundamentales son normas que restringen la implementación de los principios fundamentales. Lo que significa limitar la realización de un principio de derecho fundamental ha sido paradigmáticamente demostrado por las normas de prohibición”.<sup>282</sup>

En este sentido, se revelan ciertos aspectos interesantes, primero, se torna importante determinar el alcance de una norma de prohibición en relación con el derecho fundamental, segundo, el grado de limitación de cierta potestad en beneficio de una medida de protección de otros derechos y tercero, valorar si dicha norma se encuentra justificada, es eficaz y válida frente al principio que está limitando.

También se dice en cuanto a la restricción del derecho a la inviolabilidad que “una ley que limita derechos fundamentales debe ser interpretada partiendo del reconocimiento de la importancia fundamental que tiene el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones; de este modo, su efecto

---

<sup>281</sup> Cfr. Artículo 10, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

<sup>282</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 7a. ed., Deutschland, suhrkamp, 2015, p. 257.

limitador de derechos fundamentales debe a su vez ser interpretado nuevamente a la luz del derecho fundamental”.<sup>283</sup>

Esta interpretación de la restricción del derecho a la inviolabilidad es lo que expuso dentro del voto particular en el caso de México el ministro Cossío Díaz, quien sostenía que las limitaciones a los derechos fundamentales deben partir del individuo y no del fortalecimiento de las atribuciones de organismos públicos y privados quienes no siempre aplican de manera correcta las directrices regulativas de manera práctica.

También en cuanto al grado de intromisión al principio de inviolabilidad cabe destacar que la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán aplica el principio de proporcionalidad en sentido estricto, considerando las circunstancias que influyen en el caso concreto, por lo que se establece la exigencia de parámetros de medición justos y objetivos que demuestren una argumentación sólida y adecuada a la situación.

Bajo esta premisa se infiere que “las injerencias graves en el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones se consideran proporcionales en sentido estricto únicamente cuando los intereses opuestos tienen una relevancia equiparable. La magnitud que tiene el interés por perseguir los delitos depende especialmente de la gravedad y la importancia del delito que se busca esclarecer”.<sup>284</sup>

Es trascendente lo aportado por el criterio del Tribunal Constitucional Alemán, especifica que para que una intromisión en el derecho de las telecomunicaciones sea factible habrá de existir una razón lo suficientemente fuerte o un argumento de peso que contraponga la invulnerabilidad del mismo, también atiende al hecho de que el fin legítimo es equiparable a la intensidad del delito, si esta conducta es muy perjudicial la medida restrictiva debe ser aplicada.

---

<sup>283</sup> Huber, Rudolf, (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Berlín, konrad-adenauer-stiftung, 2009, p. 314.

<sup>284</sup> *Ibídem*, p. 315.

Sin embargo, la restricción es el último recurso que se debe ejercer, habrá de agregar que “el Tribunal Constitucional decidió que medidas estatales de supervisión o de fiscalización que afectan el núcleo de la vida privada son inadmisibles, a pesar de los intereses públicos preponderantes. Aquí observamos el establecimiento de un límite fijo o absoluto, (- -)”.<sup>285</sup>

Esto nos lleva al siguiente argumento deductivo, una restricción al principio de inviolabilidad de las telecomunicaciones solo puede ser aplicable cuando el delito que se persiga sea igual o peor que una posible violentación de derechos fundamentales del indiciado, no obstante, no se trata de una facultad discrecional debido a que si cae en un ejercicio arbitrario o injerencial será contraria al contenido de la ley fundamental y por lo tanto inconstitucional.

Aunado a ello, “se requiere que se trate de un delito de relevancia considerable, una sospecha concreta de su comisión y una base objetiva suficientemente segura para considerar que la persona contra quien se dirige la orden judicial actúa como intermediario en las comunicaciones [...]”.<sup>286</sup> Sugiriendo un señalamiento concreto de quien es la persona a quien se va aplicar la medida bajo una presunción debidamente fundamentada.

Lo interesante de la cita inmediata anterior es que se debe garantizar un mínimo de medidas para la operatividad de la limitación del principio de inviolabilidad, en donde es destacable que se cuente con una orden judicial que debe ser expedida por autoridad competente al momento de ejercer la investigación, equiparable con la certeza de que una persona es realmente responsable de la conducta ilícita que se investiga.

Cabe precisar que “no se lesiona la dignidad humana por el mero hecho de que alguien se convierta en destinatario de las medidas de persecución penal, pero sí cuando la forma de aplicación de las medidas adoptadas pone seriamente en riesgo la calidad del sujeto afectado. Ello ocurre cuando el

---

<sup>285</sup> Hartwig, Mathias, “La “proporcionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, consultado el día 05 de junio del 2018 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/31.pdf>, p. 789.

<sup>286</sup> Huber, Rudolf, (ed.), *óp. cit.*, p. 315.

tratamiento por el poder público prescinde del respeto al valor que le corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo”.<sup>287</sup>

En el caso de México también se exigen este tipo de parámetros de operatividad, el problema real estriba por un lado en la falta de normatividad suficiente que regule todos los supuestos de hecho que van conformándose con el desarrollo tecnológico, al mismo tiempo el aspecto práctico revela una grave afectación al principio de inviolabilidad por la corrupción e impunidad que imperan en el país.

Es importante hacer la siguiente precisión, cabrá siempre el tener muy en claro que la restricción a los derechos fundamentales -aplicable al principio de inviolabilidad de las telecomunicaciones- no debe ser absoluta, para ello nos apoyamos en lo expresado por Alexy quien refiere: “La convicción de que hay derechos que no se revierten, incluso en las circunstancias más extremas, solo esos derechos son derechos genuinamente absolutos”.<sup>288</sup>

Creemos que esto debe ser plenamente entendido al interior de México, la inviolabilidad de las telecomunicaciones es un tema que no ha sido profundizado, tanto la operatividad de los agentes de implementación y los criterios normativos, se han asociado con prácticas intromisorias y excesivas que demarcan una seria afectación a los derechos fundamentales, por consiguiente es importante que entendamos que el centro de todo debe ser el derecho de las personas por encima de las facultades gubernamentales.

## 2. Sentencia BVerfGE 65, 1 de fecha 15 de diciembre de 1983

### A. Principio de autodeterminación informativa

El estudio deriva de un asunto relacionado con el censo de población efectuado en Alemania en el año 1983. “El punto de partida de la controversia en torno al censo fue la recolección de datos estadísticos – es decir, anónimos – sobre el nombre y los apellidos, domicilio, situación económica, profesión,

---

<sup>287</sup> Romero, Sánchez, Angélica, “Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán”, *Revista Criminalidad*, Bogotá, núm. 2, mayo-agosto de 2015, p. 330.

<sup>288</sup> Alexy, Robert, *óp. cit.*, p. 272.

etc. Lo que se temía era que, con las nuevas tecnologías, estos datos se pudieran re-individualizar, llegando con ello a dañar los derechos de la personalidad”.<sup>289</sup>

Ante esta situación el Tribunal Constitucional Alemán, no dudó en atender esta preocupación emergente, dando paso a la creación del principio de autodeterminación normativa todo esto en palabras de Wolfgang Hoffmann, pues se consideraba que la recolección y el almacenamiento de datos de forma ilimitada por los nuevos ordenadores podía transgredir derechos fundamentales como el aquí mencionado, por lo que se buscó dotar al individuo de derechos preferenciales ante estas circunstancias.

En cuanto al principio de autodeterminación normativa cabría decir que es un derecho a la libre decisión por parte de los individuos para el manejo, utilización y predisposición de todos los datos relacionados con su persona, los cuales en todo momento deberán ser respetados por las autoridades públicas, aún bajo el caso de que existan razones suficientes de la comisión de un delito punible al individuo.

En este escenario, el Tribunal Constitucional alemán ha especificado que sí existe una restricción a tal principio. “Los límites a ese derecho a la “autodeterminación informativa” se admiten sólo con base en la prevalencia del interés general, requieren de un fundamento legal y constitucional, acorde con el mandato del Estado que exige una claridad normativa”.<sup>290</sup>

Bajo ciertas condiciones se podrá actuar en contra de la libre determinación que tienen los usuarios de su información, actividad que deberá ser garantizada bajo razones que protejan derechos superiores de la ciudadanía y que se encuentren por encima de los derechos personales, siempre y cuando del análisis proporcional se advierta que es necesario investigar al individuo.

---

<sup>289</sup> Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información”, trad. de López Pina, Antonio y Freund, Angélica, *RDU. Assunto especial*, Porto Alegre, núm. 64, julio-agosto de 2015, p. 47.

<sup>290</sup> Huber, Rudolf, (ed.), *óp. cit.*, p. 94.

Cabe precisar que el Tribunal alemán, exige el apego a los lineamientos normativos en la materia y a los principios constitucionales, en cualquier otro caso la actividad investigadora podrá caer en violación del principio de autodeterminación informativa, al mismo tiempo exige parámetros predecibles que sean precisados por las leyes para evitar lagunas y sosiegos interpretativos que den paso a interpretaciones discrecionales por parte de la autoridad investigadora.

En comparación con la Suprema Corte mexicana, esta ha sido reiterativa en que la invasión de la esfera personal de los ciudadanos es permisible, siempre y cuando se garantice la persecución de un fin legítimo y en favor de la prevalencia de un interés colectivo, donde la normatividad debe ser clara, precisa y contener todos los supuestos de hecho, no obstante, esto no se respeta en el ámbito de la práctica debido al uso desmesurado de la facultad de acceso a datos.

En cuanto a la utilización desmesurada de los datos personales, la Corte constitucional alemana ha reconocido la existencia de problemas relativos a la autodeterminación informativa y es que:

Además –especialmente en el caso de la estructuración de sistemas de información integrados con otras bases de datos- pueden generar una imagen más o menos completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y la utilización de la misma. Con ello, las posibilidades de inspeccionar e injerir en la vida de los individuos se han ampliado en forma hasta antes desconocida; así, la presión psicológica que ejerce el escrutinio público puede influir de manera determinante en el comportamiento de los individuos.<sup>291</sup>

El Tribunal Constitucional refiere a lo conocido como el perfil de comportamiento de los individuos, que de manera indirecta deducen la forma de conducción de una persona en el ámbito social, es en donde la información se vuelve más vulnerable al contener datos precisos que revelan factores como

---

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 96.

la conducta, los intereses, las rutas de tráfico, entre otras, de todas aquellas personas que son investigadas por las autoridades correspondientes.

Es preciso agregar que “la autodeterminación individual presupone que a los individuos se les garantice la libertad para decidir qué actividades emprender y cuáles omitir, sin temor a estar contribuyendo a la configuración de un perfil equivocado o acertado de su personalidad”.<sup>292</sup> Algo hasta hace pocos años desatendido por las autoridades gubernamentales y por los criterios normativos, sin embargo representa uno de los derechos esenciales de las telecomunicaciones a garantizar al interior de los países.

En este punto –haciendo una apreciación comparativa con el caso de México- el principio de autodeterminación informativa no ha sido promovido por las autoridades, falta un mejor conocimiento por parte de la ciudadanía de la utilización de sus datos, se han fortalecido -por parte de la Suprema Corte de Justicia- las facultades de las autoridades en cuanto a la utilización de datos, sin entender que el desarrollo desmesurado de las nuevas tecnologías seguirán condicionando la normatividad y los criterios interpretativos de las mismas.

Otra de las observaciones interesantes dentro de la sentencia constitucional deriva en que “la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión de sus datos personales de forma ilimitada queda comprendida bajo el derecho general de la personalidad (- -). El derecho fundamental garantiza por tanto la facultad del individuo de decidir por principio sobre la entrega y la utilización de sus datos personales”.<sup>293</sup>

Un derecho reconocido en la normatividad alemana que sin dudas puede generar un panorama de certidumbre jurídica, se especifica que el almacenamiento de datos es una actividad perteneciente al libre derecho de autodeterminación informática que circunda en la esfera de protección de los

---

<sup>292</sup> Romero, Sánchez, Angélica, *óp. cit.*, p. 327.

<sup>293</sup> Instituto Andaluz de Administración Pública, “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización III, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, año XI, núm. 22, julio-diciembre de 2014, p. 131.



derechos fundamentales, aquí se reconoce que es facultad primordial del individuo el manejo de dichos datos.

Algo contrario ocurre en el caso de México, en donde la entrega y la utilización de los datos recabados son utilizados por las autoridades sin el consentimiento de la ciudadanía, esto bajo el argumento de que se debe garantizar la investigación que se realiza, aunado a ello, es cuestionable que en nuestro país no exista un control posterior del acceso a datos bajo la notificación al ciudadano de que fue objeto de investigación.

El acceso a los datos conservados por parte de las autoridades muestra una serie de requerimientos para su optimización, así lo estatuye la doctrina constitucional alemana que especifica: “solo cuando existe claridad sobre la finalidad para la que se recauda la información y sobre las posibilidades que existen de utilizarla y relacionarla, podrá responderse si una restricción al derecho a la autodeterminación de la información es admisible”.<sup>294</sup>

Es revelador el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional alemán en cuanto a la limitación del derecho a la autodeterminación informática, puesto que establece que debe existir una finalidad que indique a todas luces la comisión de un delito, la relación existente entre dicha información y el ilícito que se investiga, así como el hecho de que ninguna otra actividad indagatoria podrá lograr el éxito que se requiere para fincar la responsabilidad al indiciado, bajo estos parámetros se puede autorizar la limitación del derecho.

Esto es curioso en relación al caso mexicano, debido a que se exigen las mismas salvaguardas respecto al acceso a datos personales, lo diferente estriba en cómo se percibe el derecho a la libre autodeterminación normativa, en nuestro país se piensa que la autoridad está investida de poder, sólo debe procurar la persecución del fin legítimo, apego a las leyes y la proporcionalidad en su aplicación, no obstante, en el ámbito operacional podemos encontrar un exceso en el ejercicio de la actividad.

Un aspecto destacable en favor del principio de autodeterminación informativa es el relacionado con la autoridad judicial. “El Tribunal impuso sobre

---

<sup>294</sup> Huber, Rudolf, (ed.), *óp. cit.*, p. 98.

todo que se establecieran garantías contra el uso torticero de los datos, entre otras la exigencia de una autorización legal suficientemente precisa y la adopción de garantías de organización y procedimiento”.<sup>295</sup>

La garantía de orden judicial para el acceso a datos de los individuos investigados debe evaluar el desempeño de la autoridad investigadora, el seguimiento en cuanto a la actividad de acceso es un derecho que se debe respetar en el procedimiento judicial, aunque esta actividad se realice en la etapa previa al juicio, algo que en el caso mexicano todavía resulta cuestionable debido al alto índice de corrupción e impunidad en el actuar de las autoridades públicas.

A manera de reflexión, es inaplazable entender la finalidad a la que está orientada el principio de autodeterminación normativa y es que “un ordenamiento social y un orden legal, en el que los ciudadanos no puedan conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancias se sabe qué sobre ellos, son incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información.”<sup>296</sup> Sin mencionar los enormes riesgos que representa la utilización de dicha información para fines ajenos a lo establecido en la normatividad jurídica.

En este supuesto, la Corte Constitucional alemana ha reiterado que: “La utilización de los datos personales está limitada a los fines determinados por la ley. En vista de los peligros que presenta el procesamiento automático de datos, se requiere de una protección (frente a las posibles desviaciones de los fines) que prohíba la retransmisión y el reciclaje de los datos –incluso frente a la posibilidad de que una autoridad pretenda obligar a otra a proporcionarle determinada información”.<sup>297</sup>

Esto demuestra que la misma facultad en favor de las autoridades para indagar en los datos de las personas encuentra una restricción normativa, el Tribunal Constitucional alemán es consciente de los altos peligros que se pueden producir si las autoridades hacen uso indebido de la información personal de la ciudadanía, algo que debe ser analizado con sumo cuidado por

---

<sup>295</sup> Instituto Andaluz de Administración Pública, *óp. cit.*, p. 131.

<sup>296</sup> Romero, Sánchez, Angélica, *óp. cit.*, p. 327.

<sup>297</sup> Huber, Rudolf, (ed.), *óp. cit.*, p. 99.

la legislación y la Corte mexicana, no solo en el plano formal sino también en contraste con el aspecto práctico.

### 3. Sentencia BVerfGE 256/08 de fecha 02 de marzo de 2010

#### A. Protección de datos conservados

En relación al acceso a datos conservados “ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la encargada de darle una dirección a este derecho. Dado el avance tecnológico, cada día entran en escena nuevos métodos de injerencia en el ámbito privado de las personas, y por ello, es necesario una regulación, tal como se ha venido haciendo en Europa, (- -)”.<sup>298</sup>

Por lo que resulta interesante conocer lo relativo a la protección de este derecho, sus causas de limitación y el debido respeto de la normatividad concerniente a dicho acceso, dado que como se conoce en comparación con el caso mexicano, resulta lejos de la legalidad y seguridad jurídica el desempeño de las políticas aplicadas, así como una normatividad inconclusa que ha desarrollado prácticas interpretativas discrecionales las cuáles no se deben seguir proliferando.

En un principio podemos establecer que es criterio del Tribunal Constitucional alemán que: “Las invasiones sobre el secreto de las telecomunicaciones son sustancialmente constitucional si sirven para propósitos legítimos de interés público y, aparte de esto cumplen con el principio de proporcionalidad (- -), es decir, son adecuados, necesarios y adecuados para cumplir los fines (- -)”.<sup>299</sup>

Se desprende de la cita inmediata anterior que como en el caso de México, las restricciones al derecho de privacidad de las telecomunicaciones son permitidas, siempre y cuando respeten los lineamientos constitucionales, estos se refiere a la finalidad legítima del uso de los datos recabados, así como

---

<sup>298</sup> García González, Aristeo, “La protección de datos personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, *Boletín de Derecho comparado*, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p. 758.

<sup>299</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 256/08, de fecha 02 de marzo de 2010, consultado el día 31 de marzo de 2018 en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302\\_1bvr025608en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html), p. 20.

el elemento de la proporcionalidad de la medida, algo que en nuestro país se ha definido bien pero que no se aplica en el ámbito material de manera convincente.

También el máximo Tribunal alemán, enfatiza en el fortalecimiento de la autoridad investigadora para disponer de la información resguardada de los usuarios de telecomunicaciones. “Hacer la persecución penal, la guardia de peligro y la realización de las tareas de los servicios de inteligencia más eficaz es un objetivo legítimo, lo que puede justificar en principio invasión en relación con el secreto de las telecomunicaciones (- -)”.<sup>300</sup>

En este punto el Tribunal Constitucional expone sus razones por las cuáles la autoridad investigadora debe hacer uso de la facultad de acceso a datos conservados, esto es, con el objetivo de realizar mejores investigaciones y evitar la propagación de ilícitos graves, es menester que dicha institución disponga de la base de datos información vital para el éxito de la indagación, esto a juicio del Órgano Supremo es primordial para la salvaguarda de otros derechos.

Aunado a ello, sostiene la Corte Constitucional alemana que: “El Tribunal no descarta el almacenamiento de datos en cuanto tal, simplemente impone condiciones que van más allá de los requisitos que exigen otros ordenamientos jurídicos europeos, incluida la directiva de la Unión Europea sobre almacenamiento de datos”.<sup>301</sup> Se podría decir que existe una regulación más completa a comparación con México.

Por otro lado, de la cita inmediata anterior se desprenden dos observaciones importantes, la primera atiende al hecho de que en Alemania existe una extensa normatividad en cuanto al acceso a datos personales, mismas que van más allá de regulaciones supranacionales, el segundo punto revela la razón del porqué se está utilizando esta medida en favor de la autoridad investigadora misma que radica en el hecho de mejorar la persecución de justicia y la prevención de problemas graves.

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>301</sup> Hoffmann-Riem, Wolfgang, *óp. cit.*, p. 49 y 50.

Lo que habría que analizar es el aspecto práctico, como se están comportando las autoridades alemanas que gozan de esta atribución, en comparación con México los índices estadísticos revelan una desproporcionalidad notable en el uso de la facultad de acceso a datos conservados, la normatividad no se respeta dando paso a actuaciones arbitrarias e intromisorias que en muchos de los casos se dirigen a personas que no tienen relación con los delitos investigados, creando un panorama de inseguridad jurídica en la ciudadanía.

Pero estas atribuciones de acceso también tienen sus limitaciones, a lo que el Tribunal Constitucional alemán ha enfatizado que: “Sin embargo, solo en casos excepcionales es el almacenamiento preventivo de los datos admisibles. Tanto su justificación y su formulación, en particular también con respecto a los efectos previstos de uso, están sujetos a requisitos específicamente estrictos”.<sup>302</sup>

Se intenta frenar el desmesurado uso de la facultad de investigación de datos personales, esto a través de la normatividad que especifique los supuestos de hecho, en donde se revelen los escenarios posibles de vulneración a las garantías constitucionales de la ciudadanía, en cuanto a México, nos encontramos en la etapa de desarrollar mejores leyes que permitan regular de manera eficiente la medida de acceso, garantizando el principio de autodeterminación y privacidad de los derechos digitales.

En el caso de Alemania, el órgano constitucional no es indiferente respecto a los riesgos de la utilización de datos personales por parte de las autoridades facultadas en el sentido de que: “Dependiendo del uso de las telecomunicaciones, y en el futuro a medida que aumenta la frecuencia, tal almacenamiento puede hacer posible la creación de perfiles de personalidad significativas y perfiles de movilidad de prácticamente todos los ciudadanos”.<sup>303</sup>

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha condicionado la privacidad de la sociedad, por lo que los órganos constitucionales deben dejar en claro los criterios interpretativos en el sentido de proteger a las personas de la invasión

---

<sup>302</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 256/08, *óp. cit.*, p. 21.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 22.

de su esfera íntima personal respecto al ejercicio de investigación por parte de los entes públicos, algo que en México representa una tarea pendiente tanto para el legislador como para la misma Suprema Corte de Justicia.

Es importante lo establecido por el Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que “el almacenamiento de los datos de tráfico de telecomunicaciones sin causa es capaz de crear una sensación difusa amenaza de ser observado que puede poner en peligro el libre ejercicio de los derechos fundamentales en muchas áreas”.<sup>304</sup>

Es aquí donde se deben dejar abiertos los criterios interpretativos en favor de los derechos de la sociedad, ya que el actuar de las autoridades representa el parámetro de medición, así se podrá comprobar si efectivamente se está creando un escenario de certidumbre jurídica en favor de la ciudadanía o se están cometiendo abusos excesivos en el desarrollo de la facultad, algo que en México es común de encontrar.

Otro aspecto a considerar es en el sentido de que “<<el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quien y con qué objeto se transmiten. La privacidad se destruye no por la información en sí misma, sino por su transmisión disfuncional sobre la que el afectado pierde toda posibilidad de influir>>”.<sup>305</sup>

Por estas razones se torna indispensable la protección de datos, no solo desde el ámbito normativo sino también en cómo controlar el comportamiento de las personas e instituciones, la finalidad para la que se utilice la información es la gran preocupación al interior de cualquier país, ni México ni Alemania están exentos de esta problemática, sin embargo en el caso de México es un asunto que se agrava en razón de los criterios políticos y jurídicos que no han desarrollado mejores mecanismos de defensa.

---

<sup>304</sup> *Ídem.*

<sup>305</sup> Gacitúa Espósito, Alejandro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal europea*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p. 59.

En cuanto a Alemania se están desarrollando mecanismos para la tutela de los derechos digitales. “Es también necesario que un procedimiento constitucionalmente la protección legal está disponible para revisar posteriormente el uso de los datos. Cuando las personas afectadas no tuvieron la oportunidad antes de la medida se llevó a cabo a defenderse contra el uso de sus datos de tráfico de telecomunicaciones, se les debe dar la posibilidad de revisión judicial posterior”.<sup>306</sup>

Este procedimiento posterior para verificar de que la autoridad investigadora realizó su trabajo con apego a los requerimientos normativos no existe en México, en el caso de nuestro país se utiliza la facultad de acceso sin el conocimiento de los usuarios de telecomunicaciones, lo cual representa una vulnerabilidad grave al derecho de la protección de datos.

En cuanto al reconocimiento de los derechos de autodeterminación y de privacidad, la doctrina constitucional alemana ha sostenido que:

El nombre que el Tribunal dio a ésta nueva concreción del derecho fundamental, ya en el primer apartado del resumen en forma de tesis que antepone a su sentencia, fue el de “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad y de la integridad de los sistemas informáticos”. Este concepto, también conocido como “derecho fundamental IT” (derecho fundamental de las tecnologías de información y telecomunicación), ha sido ya acogido por la bibliografía en materia constitucional.<sup>307</sup>

Es destacable como el Tribunal Constitucional alemán ha ido más allá y ha formulado en su doctrina lo concerniente a el respeto de la confidencialidad y la integridad de los derechos de la ciudadanía, elevándolo a rango constitucional bajo el nombre de derechos de las telecomunicaciones, en donde se busca garantizar el respeto de la esfera íntima de privacidad y exigir el apego de las autoridades de investigación a los parámetros constitucionales.

---

<sup>306</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 256/08, *óp. cit.*, p. 30.

<sup>307</sup> Instituto Andaluz de Administración Pública, *óp. cit.*, p. 137.

Podemos decir a manera de comparación que en el derecho mexicano falta mucho camino por recorrer para expedir mejores leyes enfocadas a la protección de los derechos de la sociedad y al mismo tiempo crear criterios interpretativos y jurisprudenciales orientados a la prevalencia de los referidos derechos en contraposición a las facultades otorgadas a los organismos de investigación.

#### IV. ANALISIS ARGUMENTATIVO DE SENTENCIAS VINCULANTES PRONUNCIADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cabe resaltar que la Corte Interamericana crea jurisprudencia a través de sus resoluciones, las cuales son de observancia obligatoria para todos los países que forman parte de su jurisdicción, en el caso de México dicho organismo jurisdiccional ha establecido ciertos criterios que son interesantes para analizar.

##### 1. *Sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras “Campo algodonero” vs. México*

###### A. *Análisis argumentativo del caso González y otras vs. México*

El caso de campo algodonero es uno de los más emblemáticos para México, en él se tuvo la oportunidad de desarrollar una amplia doctrina en relación a la violencia y discriminación por cuestión de género en contra de la mujer, fijando un precedente interamericano en la materia que aunque a nuestro juicio no es suficiente para garantizar el debido respeto de las mismas debemos reconocer que ha sumado en favor de la concientización y el respeto.

De esta forma: “Esta sentencia destaca por la naturaleza especial de los derechos violados; es la primera oportunidad en la que la Corte se pronuncia sobre el deber de no discriminación, la obligación de actuar con diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, así como la inclusión de normas de cualquier índole para los mismos fines, (- -)”.<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> Rangel Hernández, Laura, “Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional”,



Nos encontramos con una argumentación de carácter principialista, en donde el cumplimiento de los principios como el de derecho a la vida, integridad o el de no discriminación deben ser garantizados y desarrollados bajo la expedición de contenidos normativos que obligatoriamente deben ser aplicados por las autoridades públicas, tanto en el sentido formal como material.

Para autores como Santiago José Vázquez Camacho:

(- -) la sentencia de la Corte IDH en el caso “Campo algodnero” es la más progresista dentro de la jurisprudencia del tribunal al hacer referencia a un nuevo estándar de debida diligencia en la prevención, es decir, la “debida diligencia estricta” y responsabilizar, con base en el mencionado estándar, a un Estado por incumplir dicho deber en relación con los correlativos derechos a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la libertad de las víctimas.<sup>309</sup>

Desde el punto de vista de la irradiación de los derechos humanos este asunto es de lo más delicado dentro del tejido social ya que ha mostrado una falta grave no solo a los derechos de las víctimas, sino también a la falta de voluntad por parte del gobierno mexicano, el estado de indefensión bajo el cual viven las mujeres mexicanas es alarmante y fue determinante para que la Corte Interamericana tomará cartas en el asunto.

Bajo estas líneas introductorias cabe agregar que: “El tribunal por primera vez consideró que las reparaciones deben tener casos análogos donde se identifique la existencia de una “discriminación estructural” una “vocación transformadora” de la realidad, de forma que éstas no sólo tengan un efecto “restitutivo sino también correctivo” y “se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación”.<sup>310</sup>

---

*Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 168.

<sup>309</sup> Vázquez Camacho, Santiago José, “El caso “campo algodnero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. XI, 2011, p. 537.

<sup>310</sup> *Ibíd*em, p. 544.

El sentido de la resolución en el caso del campo algodonero se encuentra orientado a modificar los estándares sociales en cuanto a las perspectivas de género, erradicar la violencia y la discriminación producida hacia este grupo vulnerable de personas dentro de la sociedad, la sentencia se trató de un intento por garantizar el respeto y el libre desarrollo de las mujeres que día a día enfrentan discriminaciones severas.

*B. Esquema inferencial-racional de la argumentación jurídica contenida en el caso González y otras vs. México*

En relación al estudio argumentativo de la sentencia del caso González y otras en contra de México es indispensable tomar en cuenta los siguientes factores: 1. Las características especiales de los derechos humanos que buscan potencializar las atribuciones personales o colectivas; 2. Las obligaciones generadas por los requerimientos constitucionales e internacionales al interior de los países miembros; 3. La expansión o irradiación que necesariamente se debe producir en materia de derechos humanos.

Para un mejor tratamiento de los elementos argumentativos se propone su estudio a través de un esquema inferencial-racional de carácter deductivo para lograr una mejor apreciación lógica y metodológica, de esa forma explicar con la mayor certeza posible los contenidos relevantes que han producido un interés desde el punto de vista de la argumentación jurídica.

En primer término, es necesario remitirnos hacia el artículo primero constitucional que entre otras cosas nos habla de la obligación que tiene el Estado mexicano en la protección, promoción, garantía y respeto de los derechos humanos, así como las debidas medidas necesarias para restituir el uso y goce de los mismos.<sup>311</sup>

Atendiendo a lo expresado con anterioridad es fundamental desglosar cada uno de estos elementos para así poder formular un estudio argumentativo objetivo y con apego a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Política mexicana.

---

<sup>311</sup> Cfr. Artículo 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto a la promoción el Estado mexicano fue requerido por el apego a lo establecido en el artículo 8 de la Convención de Belem du Parà, dicho numeral establece que los países deben adoptar medidas para:

b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer; (- -).<sup>312</sup>

El contenido expresado en el numeral anterior advierte a una argumentación de dirección o de carácter conductista, en él se exige la reorientación de los criterios predominantes en el ámbito cultural y social que afecten la percepción de la mujer, esto también se aprecia desde el argumento de la distorsión, el cual explica que se deben erradicar percepciones erróneas de un objeto dentro de la realidad, en este caso la concepción equivocada de la mujer.

Otro de los elementos necesarios para el cumplimiento de los derechos humanos es el relacionado con las autoridades públicas. En este sentido el respeto hacia los derechos de la mujer se torna fundamental dentro del análisis del presente caso. “Respetar exige que las autoridades se abstengan de afectar o interferir de forma directa o indirecta en el ejercicio de los derechos y las libertades de una persona; (- -)”.<sup>313</sup>

En cuanto al respeto por parte de las autoridades gubernamentales es claro que si se fomenta un escenario de impunidad en relación al esclarecimiento de los hechos y la aprehensión de los responsables se violenta gravemente el Estado de Derecho de las víctimas, además del trato discriminatorio hacia las mujeres desaparecidas y hacia los familiares de las mismas quienes trataban de ejercer su derecho a una investigación eficaz se

---

<sup>312</sup> Cfr. Artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<sup>313</sup> Patrón Sánchez, Mario Ernesto (dir.), *Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013, p. 42.

torna un lastre que a todas luces dejó en estado de indefensión a las hoy occisas.

Aunado a ello, la protección de los derechos humanos no pasa por desapercibida, y es que a juicio de la Corte se “deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer”.<sup>314</sup>

En este punto nos encontramos con unas de las razones de peso que sostuvo la Corte Interamericana en relación a la proliferación de instrumentos legales capaces de prevenir y de reaccionar ante situaciones de extrema delicadeza como la violencia de género, atendiendo a la teoría del garantismo sostenida por Ferraloli nos encontramos con una clara exigencia en contra de México por no proteger de manera oportuna los derechos violentados en el presente caso.

De ahí se desprende que fue responsabilidad del Estado mexicano el no cumplir con los requerimientos constitucionales e internacionales, por lo que: “Garantizar consiste en que el aparato gubernamental sea capaz de asegurar jurídicamente el libre ejercicio de los derechos humanos y procurar que se mantenga el disfrute del derecho en cuestión”.<sup>315</sup>

Aquí el termino garantizar se puede entender como la obligación concerniente al Estado de cumplir y hacer cumplir los derechos humanos, bajo cualquier situación de riesgo los países –en este caso México- deben actuar con prontitud para evitar la vulneración de la esfera de garantías de las personas, algo que fue cuestionable en relación al presente asunto ventilado ante instancias internacionales.

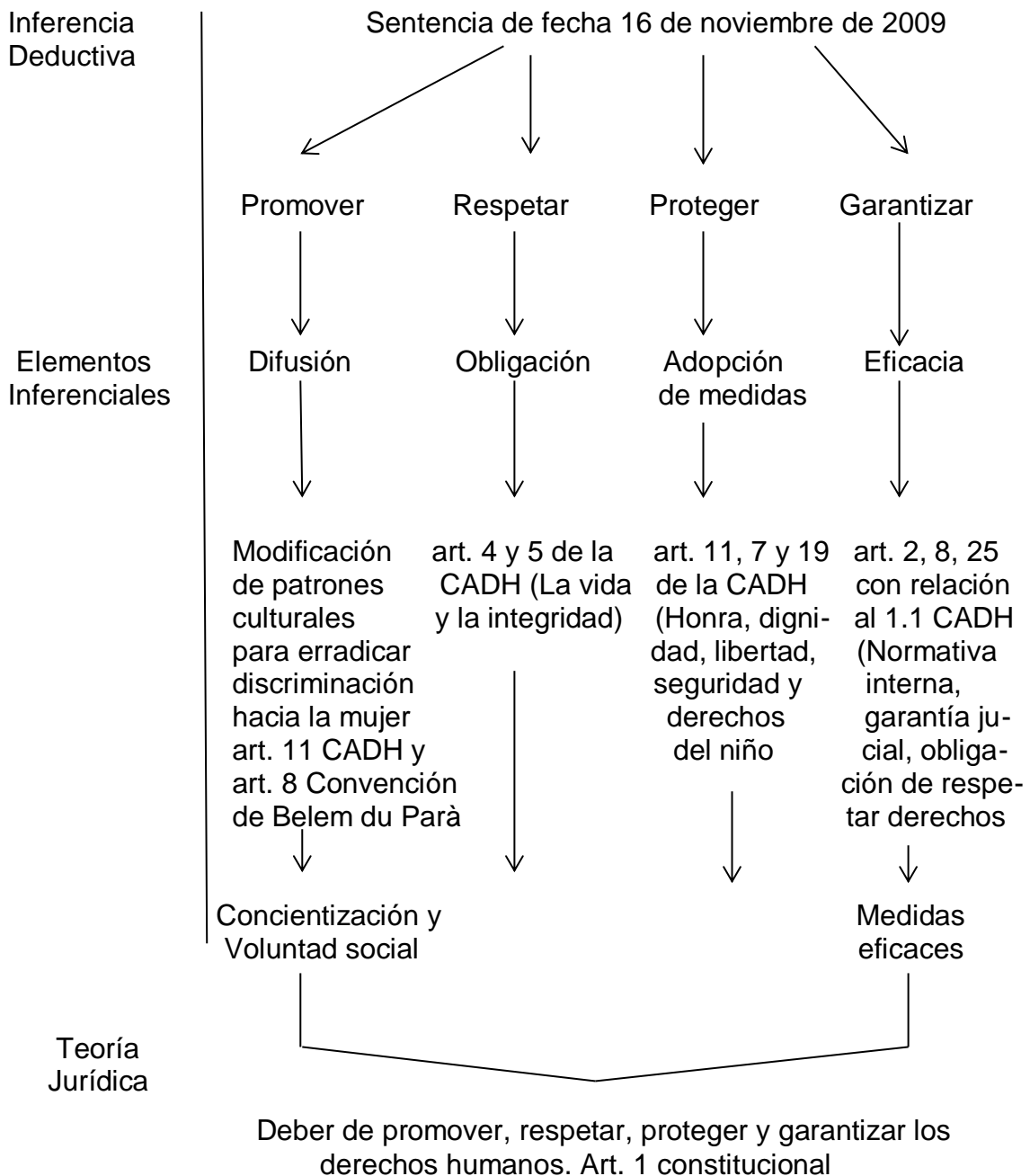
---

<sup>314</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras “Campo algodonero” vs. México*, 2009, p. 69.

<sup>315</sup> Patrón Sánchez, Mario Ernesto (dir.), *óp. cit.*, p. 42.

De esta forma podemos resumir bajo el siguiente esquema inferencial los puntos más significativos de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana, al mismo tiempo nos permite identificar los elementos normativos que emergen dentro de la argumentación sostenida que de alguna forma han sido significativos para la doctrina jurisprudencial de la Corte con sede en San José, Costa Rica.

a. Esquema inferencial-racional



b. Conclusiones referentes al esquema inferencial

1. En relación a la promoción se advierte la existencia de una argumentación de carácter direccional, finalista, relacionada con la proliferación de ciertos efectos jurídicos, esto es, un cambio de orientación psicológica y social en favor de la erradicación de la distorsión generada en relación a la figura de la mujer en el país.

2. En cuanto al respeto, es claro que México no ha cumplido con esta obligación, los altos índices de impunidad y corrupción han marcado el desempeño de las autoridades de gobierno quienes no han desarrollado elementos prácticos suficientes que coadyuven al ejercicio del libre desarrollo de la mujer desde la esfera de la vida digna y libre de violencia, en otras palabras, no existe una argumentación de peso que desvirtúe lo impugnado por la Corte Interamericana en contra de nuestro país.

3. En relación a la protección, existe una clara deficiencia en implementar el garantismo en favor de potencializar los derechos humanos y minimizar los poderes de las autoridades gubernamentales, la ausencia de medidas al respecto es un claro ejemplo de que no existe una cultura de protección hacia los sectores vulnerables, en el presente caso nos encontramos con el sector de las mujeres y el de la niñez.

4. En cuanto a garantizar, se desprende de igual forma una falta de elementos necesarios para cumplir con los estándares mínimos de uso y goce de los derechos humanos de las mujeres, es preocupante que todavía existan deficiencias formales y materiales respecto a la implementación de mecanismos esenciales que ayuden a potencializar los derechos humanos en México.

## *2. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco vs. México*

### *A. Desaparición forzada como violación de diversos derechos humanos*

La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el presente caso generó una notable doctrina en relación a la conducta desplegada por el Estado mexicano en contra de las víctimas políticas, el caso Radilla Pacheco solo es uno de tantos asuntos en los cuales se han visto

vulnerados los derechos humanos de las personas, aquí destacaremos los principales argumentos que se emitieron en contra del gobierno de México.

Inicia la Corte Interamericana estableciendo el alcance del delito de desaparición forzada, el cual contiene una percepción peculiar, y es que:

(- -) el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente bienes jurídicos protegidos por la Convención.<sup>316</sup>

La apreciación realizada por el Tribunal interamericano respecto a la figura de la desaparición forzada demarca la afectación de diversos derechos humanos, como el de la vida, libertad, seguridad jurídica, por mencionar algunos, algo que a juicio de dicho organismo internacional es evidente en el caso mencionado, el razonamiento es de tipo compuesto o integral dado las referidas menciones, por lo que la valoración de la afectación de derechos es multifacética atendiendo a distintas esferas de derechos vulneradas.

Explica la Corte Interamericana que la desaparición forzada “coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un claro abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*”.<sup>317</sup>

Aquí el argumento sostenido por la Corte interamericana es de primer nivel jerárquico, es decir, debido a las afectaciones graves en contra de los derechos de las víctimas estas deben ser atendidas de manera prioritaria, por encima de cualquier disposición u excepción que el Estado pueda hacer valer, debido al elemento axiológico que se encuentra conexo, el espíritu de la

---

<sup>316</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009, p. 41.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 41 y 42.

Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra condicionado por este tipo de conductas atípicas.

En cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica, el organismo internacional enfatizó que “el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho”.<sup>318</sup>

Este es un argumento de peso, representa la condición infalible por parte del Estado mexicano de garantizar el reconocimiento de facultades de debido proceso, respeto de garantías o en su defecto el respeto por la no intromisión u afectación de las mismas, algo que sigue persistiendo en la práctica cotidiana, sin embargo la lucha por la protección de los derechos humanos demanda que se expresen en favor de la ciudadanía esta clase de razonamientos.

Por lo tanto, la Corte Interamericana enfatizó que:

(- -) el Estado es responsable de la violación de los artículos 7.1 (Libertad Personal); 5.1 y 5.2 (Integridad Personal); 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) y 4.1 (Derecho a la Vida), en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos I y XI de la CIDFP.<sup>319</sup>

Se demarca la existencia de un argumento sistemático que atiende al contenido de los instrumentos internacionales que han sido vulnerados en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco, pero que representan un claro aviso para el Gobierno mexicano de que en estas instancias la interpretación de los lineamientos en favor de los derechos humanos no pueden ser objetados bajo ninguna circunstancia.

---

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 48.



Continúa sosteniendo la Corte Interamericana que “la desaparición del señor Radilla Pacheco es, a todas luces, contraria al derecho a la libertad personal; además, se enmarca en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas, lo cual permite concluir que aquella lo colocó en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y a su vida, (- -)”.<sup>320</sup>

Se desprende un argumento consecuencialista en el sentido de que la figura de la desaparición forzada puede provocar el detrimento de ciertos derechos irreparables como la integridad personal y la vida en sí misma, lo cual se materializa en el presente caso, apoyando el criterio de la Corte Interamericana en el sentido de pronunciarse en contra de las actuaciones por parte del Gobierno mexicano para evitar este tipo de hechos.

En relación con los familiares de Rosendo Radilla, la Corte Interamericana expresó que: “La Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. (- -) la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido”.<sup>321</sup>

Un silogismo de tipo condicional, esto es, en relación a que existe una afectación real en contra de los derechos humanos de la víctima, los familiares están condicionados a seguir con el peso de no poder ver justicia ante las instancias judiciales, acrecentando la violación de derechos como el del debido proceso, causando incertidumbre jurídica y el riesgo de represalias en contra de ellos por parte de las autoridades gubernamentales, ya sean de carácter policial o administrativas.

Por estas razones, “este Tribunal ha estimado que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción

---

<sup>320</sup> Ferre Mac-Gregor, Eduardo y Silva García Fernando, “El “Caso Radilla” y su impacto en el orden jurídico nacional”, consultado el día 30 de mayo del 2018 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/11.pdf>, p. 194.

<sup>321</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco...”, *cit.*, p. 48.

*iuris tantum* (- -) Respecto de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción.<sup>322</sup>

Aquí se advierte a un argumento probatorio que pueda ser presentado en contra de lo declarado por la Corte Interamericana, invita al Estado mexicano a formular sus razonamientos con tendencia a desvirtuar lo sostenido por este Tribunal Internacional, de otro modo, subsistirá el razonamiento expresado en la cita inmediata anterior por la investidura probatoria que desprende.

Así, concluye la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “Estas afectaciones, comprendidas integralmente en la complejidad de la desaparición forzada, subsisten mientras persistan los factores de impunidad verificados. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal (- -), reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma”.<sup>323</sup>

Un argumento de tipo consecuencialista que establece una conducta de tracto sucesivo, consistente en la actualización del delito mientras no sea resuelto en su totalidad, la condena hacia el Estado mexicano es clara y no arremete argumentación en contrario o de mayor peso, razón por la cual, reconocemos que los razonamientos vertidos por este órgano internacional son válidos.

#### *B. Acceso a la justicia y la obligación de realizar investigaciones efectivas*

Una de las cuestiones importante para analizar es en el sentido de como el Estado mexicano incumple con la normatividad en materia de derechos humanos, su compromiso es el de adoptar medidas efectivas tanto legales o administrativas para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, algo que no sucedió en el caso Radilla Pacheco.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana estableció que existe una “Violación al derecho de acceso a la justicia, enfatizando que la actuación

---

<sup>322</sup> *Ídem*.

<sup>323</sup> *Ibídem*, p. 50.

del Estado debe ser pronta y diligente, encaminada a encontrar al señor Radilla e investigar concienzudamente los hechos”.<sup>324</sup> Algo que no sucedió debido al alto índice de corrupción e impunidad que influye en el desempeño de las autoridades gubernamentales.

De la cita inmediata anterior se desprende una grave afectación al principio de legalidad que establece de acuerdo al artículo 14 constitucional la necesidad de presentar ante un órgano judicial competente al presunto responsable de la comisión de un delito, lo cual no ocurrió, aunado a ello el hecho de que una investigación deficiente no garantiza la salvaguarda de derechos fundamentales como los aquí mencionados.

Por esta razón la Corte con sede en San José, Costa Rica enfatizó que “toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación. (- -) en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso ex officio, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva”.<sup>325</sup>

Este argumento sostiene que no existe causa de excepción o justificación para no realizar una investigación sobre lo ocurrido en el caso de desapariciones forzadas, la Corte demanda la oportuna reacción de los agentes operativos para esclarecer los hechos ocurridos, dado que se trata de una responsabilidad directamente concerniente al Estado quien es el que debe garantizar el respeto por el marco normativo y los derechos humanos.

Otro de los señalamientos que pronuncia la Corte en contra del Gobierno mexicano estriba en que “determinó que incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos I y III de la

---

<sup>324</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, “Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de derechos humanos”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012, p. 391.

<sup>325</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco...”, *cit.*, p. 43 y 44.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación de dicho delito”.<sup>326</sup>

Un argumento de tipo sistemático y coherentista, aquí se aprecia la falta de cumplimiento respecto a las leyes que deben ser acordes a los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos y sobre todo en el caso de la desaparición forzada, todas las disposiciones de derecho interno deben ajustarse a dichos ordenamientos supranacionales si realmente se quiere potencializar los referidos derechos.

Bajo estas ideas, la teoría coherentista –entendiendo el sentido de coherentista como aquel relacionado con el principio de coherencia normativa-, demanda que cuando los Estados suscriben y ratifican el Pacto de San José están obligados desde ese momento a cumplir con las disposiciones en él contenidas, por lo que ni antes ni después se cumple totalmente con esta exigencia en el presente caso.

Así las cosas, solo cabe mencionar que: “El Estado, reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5 y 7 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Radilla Pacheco. (- -), reconoció que el señor Radilla Pacheco había sido privado ilegal y arbitrariamente de la libertad por un funcionario público. El Estado también indicó que es razonable presumir su muerte”.<sup>327</sup>

En este supuesto, parte de la responsabilidad es aceptada por el Gobierno mexicano, sin embargo, esto no lo exime en ninguna medida de la responsabilidad de garantizar el respeto por los derechos humanos de sus habitantes al interior del país, en el referido caso se devela la operatividad mezquina con la que se desenvuelven las instituciones públicas y la falta de interés por el bienestar y desarrollo de la sociedad en materia de derechos humanos.

---

<sup>326</sup> Rangel Hernández, Laura, *óp. cit.*, p. 170.

<sup>327</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco...”, *cit.*, p. 48.

### C. Modelo de Stephen Toulmin para el caso Radilla Pacheco

#### a. Pretensión

El Estado es responsable de la violación de los artículos 7.1 (Libertad Personal); 5.1 y 5.2 (Integridad Personal); 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) y 4.1 (Derecho a la Vida), en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos I y XI de la CIDFP.” P48

#### b. Razones

La desaparición del señor Radilla Pacheco no sólo es, a todas luces, contraria al derecho a la libertad personal, sino, además, se enmarca en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas, lo cual permite concluir que aquélla lo colocó en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y a su vida.

Para la Corte es evidente que las autoridades militares que detuvieron al señor Radilla Pacheco eran responsables por la salvaguarda de sus derechos.

#### c. Garantía

Toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación. (- -) en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso ex officio, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva.

#### d. Respaldo

El Estado, reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5 y 7 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Radilla Pacheco. (- -), reconoció que el señor Radilla Pacheco había sido privado ilegal y arbitrariamente de la libertad por un funcionario público. El Estado también indicó que es razonable presumir su muerte.

Para el estudio de la argumentación jurídica sostenida por la Corte Interamericana consideramos pertinente emplear el esquema o modelo de Stephen Toulmin,<sup>328</sup> para dar cuenta de los puntos centrales y de la justificación material de dicha resolución, por lo que es pertinente explicar en base a este mecanismo la relación existente entre el caso concreto y la sentencia pronunciada.

En relación a la pretensión, es claro de que se responsabiliza al Estado mexicano por la violación de los numerales contenidos en la normativa de derechos humanos y en relación con el tema de la desaparición forzada, aquí lo que se intenta es demostrar que lo sostenido por la Corte Interamericana es en base a una argumentación correcta y válida, tanto desde el aspecto formal como material.

Bajo el elemento de las razones que sostienen la pretensión la Corte no duda en establecer que la desaparición forzada produce la afectación de otros derechos como el de integridad, libertad y la vida, por lo que es inaceptable su falta de punibilidad, se deduce por parte del organismo internacional la responsabilidad del Estado mexicano en relación a proteger dichos derechos en favor del señor Rosendo Radilla Pacheco.

En cuanto a la garantía se desprende el hecho de que es responsabilidad del Estado investigar de manera oportuna y con efectividad los hechos acaecidos, atendiendo a los principios de legalidad y seguridad jurídica en relación a sus gobernados, esto deviene acompañado de la obligación establecida por el derecho internacional donde el objetivo final es establecer un ámbito supranacional en beneficio de los derechos humanos a los que puedan acceder las personas que han sido violentadas en sus derechos.

El respaldo sostiene que en apoyo a la garantía se encuentra la aceptación de la responsabilidad por parte del Estado mexicano, sin embargo como ya se ha sostenido en líneas anteriores esto no exime de la responsabilidad de cumplir con las obligaciones reconocidas en materia de derechos humanos las cuales deben ser reparadas en la medida de lo posible.

---

<sup>328</sup> Atienza, Manuel, "Las razones del derecho...", *cit.*, p.p. 84-89.

#### D. Conclusiones argumentativas en base al modelo de Stephen Toulmin

1. Es clara la responsabilidad del Gobierno mexicano en relación a la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco, así como de la afectación de otros derechos como el de la vida, libertad, integridad, acceso a la justicia, legalidad y seguridad jurídica, en donde la argumentación sostenida por la Corte Interamericana es correcta desde el punto formal y válida desde el punto de vista material.

2. Las razones aportadas por el organismo internacional se encuentran orientadas a intolerar el delito de desaparición forzada al interior de los países que forman parte de su jurisdicción, obligándolos a adecuar tanto sus leyes como sus conductas en pro de los derechos humanos y en detrimento de este tipo de delitos que son de tracto sucesivo en relación de que persisten mientras no se esclarezcan los hechos y se finquen las responsabilidades correspondientes.

3. En relación a la garantía es claro que no se cumplen con las disposiciones contenidas en el Convenio Americano de derechos humanos, los países –en este caso México- buscan la forma de evadir responsabilidades por medio de desvinculaciones a los requerimientos internacionales en la materia, algo sumamente alarmante en un país en donde la Constitución no se respeta en el ámbito práctico, prueba de ello es la presente condena.

4. En cuanto al respaldo hay que mencionar que aunque se haya reconocido la responsabilidad por parte de México, no es suficiente para garantizar los derechos humanos al interior del país, se debe desarrollar una verdadera concientización y voluntad por parte de los operadores jurídicos para erradicar este tipo de conductas en perjuicio de la ciudadanía, aún no hemos aplicado de manera óptima el amplio bagaje en favor de los derechos humanos.

3. *Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*

Para el análisis del presente asunto se propone un estudio a través de la tónica de Viehweg,<sup>329</sup> esto consiste en establecer las figuras jurídicas esenciales que marcaron la resolución de la Corte Interamericana y que culminaron en la condena al Estado mexicano en relación a la libertad personal y la integridad de los señores Cabrera García y Montiel Flores, por lo que procederemos a realizar el desglose indicado.

#### *A. Argumentación concerniente a la libertad personal*

En esencia, el caso Cabrera y Montiel se produjo en base a una detención arbitraria por parte de elementos pertenecientes a las fuerzas armadas, privándolos de su libertad por varios días sin ponerlos a disposición de las autoridades competentes, así como la posterior condena por los delitos de portación de armas y estupefacientes, lo cual a juicio de las autoridades judiciales tanto su consignación, procesamiento y condena se realizaron conforme a Derecho.

El asunto llegó hasta instancias supranacionales en donde una vez radicado el asunto –en primer término–: “La Corte considera que la posibilidad de otorgar a las Fuerzas Armadas funciones dirigidas a la restricción de la libertad personal de civiles, además de atender a los requisitos de estricta proporcionalidad en la restricción de un derecho, debe responder, a su vez, a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, (- -)”.<sup>330</sup>

Aquí se identifican ciertos requisitos argumentativos que se dejaron de cumplir, en este sentido la medida de proporcionalidad entre el resguardo de los derechos de libertad, legalidad, seguridad jurídica y la causa de excepción a la restricción de los referidos derechos no se produjo bajo razones válidas, esto se sostiene en razón a la actitud desplegada bajo cánones de arbitrariedad, abuso de autoridad e intromisión en los derechos humanos.

---

<sup>329</sup> Atienza, Manuel, “La argumentación como derecho...”, *cit*, pp. 29-43.

<sup>330</sup> Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Sentencia de 26 de noviembre de 2010*, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010, p. 34.



En este orden de ideas; se produjo el criterio de la Corte Interamericana, mismo que estableció que se violentaron garantías de legalidad y seguridad jurídica:

(- -) la Corte considera que se vulneró el artículo 7.5 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel. Además, dada la falta de remisión sin demora ante la autoridad competente, el Tribunal considera que esta irregularidad en el control de la detención la transformó en arbitraria y no estima pertinente hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre la causa que originó la misma. Por tanto, la Corte declara la violación del artículo 7.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>331</sup>

Estos factores relacionados con el principio de legalidad y seguridad jurídica son un constante problema dentro del país, el caso Cabrera y Montiel solamente develó una pequeña parte de las irregularidades cometidas por el ejército mexicano en contra de la población, el argumento sistemático por parte de la Corte en la cita inmediata anterior da cuenta de ello, pero resulta agravante la falta de convicción por el respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades involucradas.

En este sentido, “resulta relevante que en la sentencia (- -) se hiciera referencia de la ausencia de la intervención del fuero común en la investigación de los hechos que posibilitaron la consumación del delito de tortura, la cual, en contraste, estuvo en el campo del fuero militar, además del señalamiento sobre la inexistencia de un recurso efectivo para impugnar la competencia militar”.<sup>332</sup>

También se consideraron dos elementos importantes, ambos relacionados con las garantías consagradas en el artículo 14 constitucional referente al principio de legalidad y seguridad jurídica, en este sentido, la falta de consignación ante la autoridad judicial competente dentro del término constitucional, así como el problema relacionado con el amparo en contra de la

---

<sup>331</sup> *Ibíd*em, p. 40.

<sup>332</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación principalista...” *cit.*, p. 197.

jurisdicción militar, resultaron ser elementos importantísimos que han producido un impacto considerable en la práctica judicial de nuestro país.

A manera de conclusión del presente tema, cabe enfatizar que:

(- -) la Corte observa que el artículo 7.4 de la Convención alude a dos aspectos: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos. En el expediente no consta que al efectuar la detención se haya informado a las víctimas sobre las razones en las que se fundamentó su detención, razón por la cual se vulneró el artículo 7.4 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel.<sup>333</sup>

La cita inmediata anterior establece la siguiente argumentación, primero, no existieron razones convincentes y justificadas en términos argumentativos que fueran comunicadas a los señores Cabrera y Montiel sobre su detención, segundo, desde un enfoque principialista se violentó el derecho de legalidad en términos de la falta de claridad en cuanto al estado procesal de los afectados, lo que permite deducir que en cuanto a la argumentación sostenida por el Estado responsable es deficiente si no es que nula.

#### *B. Argumentación concerniente a la integridad personal*

El siguiente tema se encuentra vinculado con la integridad y es que a juicio de la Corte Interamericana “siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales”.<sup>334</sup>

De aquí se desprende un argumento psicológico orientado a determinar las afectaciones posteriores a la detención de los señores Cabrera y Montiel, así como una carga procesal en contra del Estado mexicano, algo que no fue

---

<sup>333</sup> Corte Interamericana de los Derechos Humanos, “Sentencia de 26 de noviembre de 2010...” *cit.*, p. 40.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 55.

acreditado de manera clara y precisa, si atendemos a una visión consecuencialista el objetivo era fincar una responsabilidad a las víctimas e imponer una determinación bajo el argumento de autoridad.

Bajo estas aseveraciones, se concluyó que efectivamente los señores Cabrera y Montiel fueron víctimas de tortura y tratos indignos por parte del Gobierno mexicano, así:

(- -) la Corte concluye que el Estado es responsable: a) por la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en los artículos 5.1 y 5.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, por los tratos crueles, inhumanos y degradantes que fueron infringidos a los señores Cabrera y Montiel, y b) el incumplimiento de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, respecto de la obligación de investigar los alegados actos de tortura, en perjuicio de los mismos.<sup>335</sup>

De igual forma, en concordancia con el argumento sistemático, la Corte Interamericana hace responsable al Estado mexicano por la afectación de los derechos humanos relacionados con la integridad de los señores Cabrera y Montiel, así como por las omisiones para erradicar la tortura al interior de la nación, algo preocupante en un país en donde las autoridades deben velar por la paz, la justicia y la seguridad, caso contrario, son los principales causantes de las afectaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, en palabras de Clara Castillo Lara y bajo una óptica de la concepción material de la argumentación sostenida:

(- -) se consideraron todos y cada uno de los rubros determinados por los afectados, sin embargo, todas esas medidas derivadas de la sentencia de la Corte IDH, reflejan una visión de una real y eficaz administración de la justicia a nivel regional, pero desafortunadamente,

---

<sup>335</sup> *Ibíd.*, p. 56.

no es así al interior del país, donde siguen ocurriendo diversas formas de violencia por parte de los miembros de las fuerzas armadas, (- -).<sup>336</sup>

Desde la óptica formal de la argumentación, nos encontramos en presencia de una resolución que sin lugar dudas es un logro no solo en cuanto a la justicia de los derechos de Cabrera y Montiel, sino de todos los mexicanos que son susceptibles a ser víctimas de los usos arbitrarios de las fuerzas armadas, desde la óptica material, no podemos dejar de señalar que la voluntad gubernamental queda exhibida por la falta de resultados respecto a la aplicación de las recomendaciones exigidas por la Corte Interamericana.

#### *4. Sentencia de 15 de mayo de 2011, Caso Fernández Ortega y otros vs. México*

##### *A. Estudio argumentativo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En el presente caso, se produce una grave afectación a los derechos humanos de Inés Fernández Ortega, una indígena del Estado de Michoacán quien fue víctima de violación por elementos del ejército mexicano en el interior de su domicilio, dado que dentro de la jurisdicción interna del país no se logró el encarcelamiento de los responsables el asunto trascendió hasta instancias de la Corte Interamericana quien se pronunció contundentemente en contra del Gobierno mexicano.

En esencia, en el asunto turnado ante instancias internacionales se manifestó lo siguiente:

(- -) la Corte determinó que el Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada de Inés, del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su domicilio, así como de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, además de que incumplió el deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la

---

<sup>336</sup> Castillo Lara, Claudia, "Estudio socio-jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *alegatos: sección artículos de investigación*, núm. 89, México, enero-abril de 2015, p. 135.

mujer y velar porque las autoridades se comporten de conformidad con esta obligación, (- -).<sup>337</sup>

Como se puede apreciar, existió un influjo de derechos afectados en contra de Fernández Ortega, todos provenientes de una acción antijurídica como lo es la violación sexual, esto se puede explicar a través de la teoría de la pluralidad en la conformación de los derechos humanos sostenida por Gustavo Zagrebelsky, de esta forma se puede agregar que una conducta ilícita afecta a diversos derechos fundamentales.

Pero es necesario entender ésta sentencia de manera precisa, en primer término “la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. La violación sexual de la señora Fernández Ortega se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada”.<sup>338</sup>

La apreciación de la Corte Interamericana sobre la conducta desplegada la realiza desde una óptica finalista o casuística, orientada a determinar el objetivo por el cual se realiza el ilícito, plasmando su relación directa con los hechos del caso concreto, los cuales -como sostiene el organismo internacional en su argumentación- son a todas luces reprobables por ir en contra de los valores que trata de fomentar de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Otro elemento que se desprende de la múltiple afectación de derechos se encuentra vinculado a que:

(- -) esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del

---

<sup>337</sup> Rangel Hernández, Laura, *óp. cit.*, p. 173.

<sup>338</sup> Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Sentencia de 15 de mayo de 2011*, caso Fernández Ortega y otros vs. México, 2011, p. 43.

sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.<sup>339</sup>

Como lo sostiene la Corte, otra afectación vinculada es la relacionada con la tortura, aquí realiza con claridad una interpretación amplia de sus causas, precisando que los agentes causantes se encuentran motivados por conductas antijurídicas en perjuicio de los valores axiológicos que deben ser respetados, esto permite identificar la responsabilidad directa, el grado de afectación e intromisión de las conductas en términos taxativos.

De igual forma, esto sirvió para formular el respectivo análisis y valoración correspondiente:

La Corte considera que la violación sexual de la señora Fernández Ortega vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.<sup>340</sup>

La valoración realizada es de carácter integral, retoma aspectos esenciales para el libre desarrollo personal y considera las faltas al libre esparcimiento de los derechos humanos a la integridad, dignidad, vida privada entre otros, advierte con claridad las afectaciones provenientes de la conducta punitiva y establece de manera oportuna la interpretación concerniente al delito de violación del que fue objeto la víctima.

Del mismo modo se advierte que “en el proceso internacional se hace un análisis desde una metodología distinta a la regularmente utilizada en los sistemas procesales locales, se ocupa la herramienta de la perspectiva de género, se toman en cuenta las debilidades de las víctimas, tales como el idioma, su condición de vulnerabilidad, el trauma causado por los hechos, entre otros, (- -)”.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> *Ibíd.*, p. 44.

<sup>340</sup> *Ídem.*

<sup>341</sup> Rangel Hernández, Laura, *óp. cit.*, p. 176.

En la cita inmediata anterior, el argumento se apoya en una perspectiva de género, toma en cuenta las características particulares y culturales de la mujer y al mismo tiempo de los grupos indígenas, este argumento es auténtico y crea un criterio jurisprudencial novedoso debido al tema que aborda y a la irradiación que busca generar en relación a los derechos humanos protegidos.

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que:

(- -) el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Fernández Ortega.<sup>342</sup>

Se puede apreciar como en la resolución la Corte apela a una argumentación coherentista entendida en el sentido del principio de coherencia normativa, un razonamiento sistémico orientado a la salvaguarda de los derechos de la víctima, señalando con precisión los artículos violados por el gobierno mexicano al no garantizar los derechos humanos de Inés Fernández, lo que da cuenta de la solidez argumentativa del fallo pronunciado.

Para finalizar, en el presente caso fue determinante la falta de garantías en contra de la mujer, la impunidad desfavorece el sentido de la teoría garantista asumiendo un Estado de incertidumbre legal. Por lo que es necesario que se generen mejores medios de protección de los derechos fundamentales. “Esto se logra mediante el establecimiento de procedimientos diseñados para prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar toda violación a derechos humanos”.<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Corte Interamericana de los Derechos Humanos, “Sentencia de 15 de mayo de 2011...”, *cit.*, p. 44 y 45.

<sup>343</sup> Patrón Sánchez, Mario Ernesto (dir.), *óp. cit.*, p. 42.

La argumentación de la Corte Interamericana devela la grave situación que viven las mujeres en el país, es un claro llamado a la concientización de la situación actual en relación a la violencia sexual y a la impunidad con la que operan las autoridades públicas, generando un patrón de comportamiento basado en la desigualdad, la discriminación y el sosiego de las autoridades encargadas de la impartición de justicia.

*B. Interpretación de la argumentación sostenida en el caso Fernández Ortega y otros en contra de México*

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Fernández Ortega.

La violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. La violación sexual de la señora Fernández Ortega se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada.

Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.

La Corte considera que la violación sexual de la señora Fernández Ortega vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.



En base al modelo expuesto por Graciela Fernández Ruiz,<sup>344</sup> la argumentación de la Corte Interamericana se conforma por un argumento principal y tres subargumentos que dan soporte al primero, de donde se deriva una relación integral que devela una argumentación de peso que sirvió para dar solución en favor de Inés Fernández Ortega por actos cometidos por miembros del ejército mexicano consistentes en violación sexual y otros derivados del mismo.

Dentro del argumento principal se establece una resolución de tipo coherentista invocando diferentes numerales de la Convención Americana de derechos humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, se puede interpretar en el sentido de que es un fallo trascendente que forja la doctrina interamericana y la jurisprudencia interna en razón de que establece un argumento del precedente de aplicación analógica a futuros casos e invita a crear mejores mecanismos de protección de los derechos humanos y de la mujer.

El primer subargumento ubicado de izquierda a derecha, establece un argumento casuístico o finalista, permite dirimir dudas respecto a la gravedad del delito de violación el cual contiene una seria afectación equiparable al delito de tortura, ocasionando una grave afectación a los derechos de intimidad, dignidad y la vida privada, presuponiendo el incumplimiento de los valores que trata de plasmar la Convención Americana de Derechos Humanos al interior de los países miembros.

El segundo subargumento en el mismo orden de ubicación que el primero advierte a un argumento conductista que atiende al comportamiento del o los victimarios, revela el desprendimiento de los estándares axiológicos requeridos dentro de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos y señala que el objetivo de la conducta desplegada no resulta acorde con dichos valores.

El tercer subargumento prosiguiendo el mismo orden de ubicación, revela las características especiales del caso particular, señala la afectación directa de las funciones físicas, psicológicas y emocionales de Inés Fernández

---

<sup>344</sup> Fernández Ruiz, Graciela, *óp. cit.*, pp. 153-157.

y la vulnerabilidad de su libre desarrollo personal, enfatiza la ausencia de derechos esenciales como el de libre albedrío o toma de decisiones en relación a su persona por lo cual se pierden totalmente el uso y disfrute de los derechos humanos asociados al ilícito.

Podemos concluir que la argumentación de la Corte Interamericana es pertinente al fijar su postura en relación con las afectaciones de derechos humanos provenientes de la violación sexual, la apuesta por una política de género y la intransigente voluntad de fomentar el respeto de los principios consagrados en los instrumentos internacionales, mismos que se encuentran bajo su tutela y la de todos los países miembros, así como el hecho de fijar un precedente en relación a la condena en contra del Estado mexicano.

## CONCLUSIONES

Primera. El razonamiento expresado por la Corte sobre las restricciones constitucionales de derechos humanos careció de un juicio ponderativo adecuado, donde se estableciera la afectación que produce mantener el principio de supremacía constitucional por encima de la aplicación de normas internacionales que pueden proteger los derechos humanos de mejor manera, por consiguiente, es indispensable para nuestro máximo Tribunal crear mejores criterios argumentativos que justifiquen las excepciones derivadas de la limitaciones constitucionales.

Segunda. De una valoración consecuencialista respecto a la decisión que tomó la Corte en cuanto a la geolocalización de equipos móviles se advierte que los efectos producidos han derivado en una seria proliferación desleal en el uso de la vigilancia en tiempo real, nuestro máximo Tribunal no cuenta con facultades propias de un Tribunal Constitucional para exigir el cumplimiento de su sentencia *post facto*, lo que se traduce en una seria afectación de derechos humanos.

Tercera. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una sentencia que privilegió la formalidad constitucional del arraigo por encima de las recomendaciones internacionales que lo descalifican y que exigen al Estado mexicano su eliminación del sistema normativo nacional, nuestro máximo tribunal realizó una interpretación débilmente justificada desde los parámetros de la argumentación jurídica, esto se explica en razón al cumulo de posibilidades que genera el nuevo criterio relacionado con las restricciones constitucionales.

Cuarta. La Suprema Corte de nuestro país ha establecido el criterio de la homologación de la reforma educativa sin tomar en cuenta las características pluriculturales que integran a la sociedad mexicana, el razonamiento vertido dentro de la controversia constitucional 38/14 es muestra de ello, su argumentación promueve la minimización del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y la exclusión de los mismos en relación a una democracia integrativa en materia educativa.

Quinta. Los argumentos vertidos en la controversia constitucional 39/14 por nuestro máximo Tribunal, debieron -desde el punto de vista de la argumentación jurídica- forjar un equilibrio entre los lineamientos normativos en materia educativa y los derechos docentes mediante razonamientos abstractos de control constitucional, reconociendo las leyes internacionales de aplicación en cuestiones que den lugar a problemas relacionados con el magisterio y la implementación de la reforma educativa.

Sexta. La decisión vertida por la Suprema Corte en relación al almacenamiento y acceso a los datos conservados en materia de telecomunicaciones no garantiza la protección del derecho a la vida privada y la seguridad jurídica, solamente se limitó a legitimar el uso de la facultad y establecer el criterio de suficiencia normativa para regular la actividad que realizan los concesionarios y las autoridades investigadoras, lo cual se traduce en un claro menoscabo de los derechos de la ciudadanía.

Séptima. El razonamiento expresado por la Corte mexicana respecto a la prohibición para entregar información por parte de la Procuraduría General de la República cumple con los requerimientos exigidos por la lógica no formal del modelo de Toulmin, no obstante, la crítica de Habermas permite identificar que no se garantiza su cumplimiento en el campo de acción, en virtud de que en materia de derechos humanos la Comisión Nacional que los protege debe contar con mayores atribuciones que cualquier órgano público, para poder resguardar los mencionados derechos tanto en el ámbito procesal como en el sustancial.

Octava. En relación a la libertad de expresión y protección de periodistas la Corte sostuvo un criterio formal, enfocándose solamente en el alcance de la medida protectora y el rango diferencial de protección, no obstante dejó de lado la posibilidad de establecer un criterio innovador, en donde el voto particular del ministro Arturo Zaldívar a diferencia de la mayoría sostuvo una argumentación más apegada a la realidad que impera en nuestro país, exigiendo el respeto del derecho de libertad de expresión como una obligación del Estado y la expansión de los alcances de la protección a la ciudadanía en general.

Novena. El razonamiento vertido por el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 31/98 emitió desde la perspectiva de la justificación interna una corrección formal de la legalidad del pacto referente a la capitalización de intereses, desde la justificación externa la argumentación está orientada a privilegiar aspectos económicos relacionados con las instituciones de crédito por encima de la protección de la seguridad económica de los deudores bancarios.

Décima. La función de legalidad representa un retroceso en relación a las facultades que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretende hacer valer para proteger los derechos fundamentales de la sociedad, razonamientos como el vertido en la acción de inconstitucionalidad 104/15 son prueba de ello, no obstante, nos encontramos en camino a la transición de una verdadera consolidación, en donde el órgano supremo mexicano tiene en sus manos ejercerla o no.

Décimo primera. La función de legalidad que ejerce la Suprema Corte de nuestro país representa un obstáculo que le impide su consolidación como autentico Tribunal Constitucional, reconocemos que los esfuerzos son grandes por parte de este órgano, no obstante, esta doble función en muchos de los casos limita las facultades expansivas del estudio abstracto de cuestiones constitucionales que van más allá de la legalidad.

Décimo segunda. El caso Fabris en contra de Francia resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una clara muestra de la existencia de operatividad en cuanto a la aplicación del principio de convencionalidad al interior de los países miembros, revela una amplia cobertura para modificar las normas internas y los criterios emanados de ellas en favor de una doctrina supranacional en favor de los derechos humanos, caso contrario ocurre en nuestra región, en donde todavía no existe una total disponibilidad de México por incorporar de manera oportuna los lineamientos relacionados con ésta materia.

Décimo tercera. En cuanto a Austria, podemos decir que es un gran ejemplo respecto de la disponibilidad que se toma por iniciativa propia de

potencializar los derechos fundamentales, la incorporación de los contenidos supranacionales al interior del país resulta una nueva forma de abordar las necesidades apremiantes en relación al respeto y garantía de los mismos, en cuanto a México esto puede servir como una orientación plausible de como las jurisdicciones internacionales son apropiadas para el desarrollo de los derechos humanos.

Décimo cuarta. En relación al principio de inviolabilidad de las telecomunicaciones desarrollado por la doctrina alemana, se puede apreciar la oportuna creación de criterios sólidos por parte del Tribunal Constitucional orientados a crear un equilibrio entre el respeto del mismo y su restricción en casos necesarios, en México la situación es diferente, dado que existe una normatividad imperfecta y sobre todo el desempeño de las autoridades públicas respecto a la intromisión del derecho de inviolabilidad resulta alarmante.

Décimo quinta. El derecho de autodeterminación informativa no se encuentra reconocido en México, a diferencia de Alemania existen claras deficiencias relacionadas con el uso de la información recabada a los ciudadanos, es claro que en Alemania se está atendiendo a la necesidad de dotar a la población de recursos o elementos de protección de su esfera esencial de privacidad, por lo que resulta imperante tomar esto como referencia al interior de nuestro país.

Décimo sexta. Existe una oportuna apreciación de la necesidad de regular de manera óptima lo referente a los datos personales en Alemania, el Tribunal Constitucional de ese país ha enfatizado tanto en la necesidad de investigación como en el respeto del principio de privacidad, estableciendo criterios precisos de las obligaciones que se deben de respetar para garantizarlos, en cuanto a México se torna preocupante como se fortalecen las atribuciones en favor de la realización de investigaciones eficaces por encima de los derechos humanos.

Décimo séptima. El caso campo algodouero es una muestra de la violación a los derechos humanos que ha permeado al interior del país desde hace mucho tiempo, la violencia en contra de la mujer es un tema que no ha

sido atendido de manera contundente en nuestro país, los criterios esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son adecuados y orientadores para terminar con una visión distorsionada de la mujer y garantizar sus derechos fundamentales.

Décimo octava. El caso Radilla Pacheco representa un claro ejemplo de cómo actúan las autoridades gubernamentales en contra de la población, violentando los derechos básicos como el de la vida, libertad, legalidad, seguridad jurídica, situación que hasta el día de hoy se hace tangible, es indispensable que se apliquen los criterios aportados por la doctrina interamericana para cambiar esta realidad que aqueja a toda la población, es necesario un cambio de paradigma práctico en el ejercicio de los derechos humanos.

Décimo novena. El caso Cabrera y Montiel es a todas luces una prueba de la afectación grave a los principios de libertad, seguridad, legalidad e integridad, exhibe el hecho de cómo los abusos por parte de las autoridades pueden trascender hasta el grado de afectar garantías constitucionales como las del debido proceso y presunción de inocencia, es también un claro ejemplo de cómo los procedimientos judiciales en México no son desarrollados bajo los parámetros de la razonabilidad y la justicia.

Vigésima. En relación al caso Fernández Ortega se materializa la afectación a los derechos de las mujeres tales como la libertad sexual, la inviolabilidad del domicilio, el respeto por los derechos de abstención de conductas ilícitas, entre otros, por lo que de no respetarse los criterios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos basados en una argumentación coherente y oportuna, seguirán afectándose los derechos humanos de los grupos vulnerables, en este caso los derechos de toda mujer.

## PROPUESTAS

Primera. La creación de un Tribunal Constitucional auténtico, legítimo, autónomo e independiente de los tres poderes de la unión con el objetivo de vigilar que se cumplan los lineamientos constitucionales, el estudio abstracto de la constitucionalidad de leyes, la inclusión dentro del derecho interno de la doctrina interamericana en materia de derechos humanos, así como el desprendimiento de las funciones de legalidad que ejerce hoy en día la Suprema Corte de nuestro país.

Segunda. Adopción de una visión innovadora y progresiva con la inclusión de criterios en los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación formule posturas argumentativas autónomas, independientes y libres de cualquier inclinación política, jurídica, económica o social, dado que el tema esencial de preocupación en cuanto al desempeño de dicho Tribunal estriba en el respaldo que está otorgando a figuras jurídicas que a todas luces deben ser declaradas inconstitucionales dentro de su ámbito competencial.

Tercera. Reforma al artículo 1º párrafo primero constitucional, el cual debe quedar de la siguiente forma:

Artículo 1. 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 de conformidad con los tratados internacionales establezcan.

Esto se sostiene en razón de que cuando exista una restricción o limitación a los derechos humanos la Constitución no sea el instrumento prevalente, sino que en concordancia con los tratados internacionales se justifique la aplicación de este tipo de medidas, atendiendo a la finalidad de maximizar la garantización y protección de los referidos derechos.

Cuarta. Declaración de invalidez de la contradicción de tesis 293/11, la tesis jurisprudencial 119/14 y tesis aislada 2a. CXXVIII/2015.



En relación a la contradicción de tesis 293/11, es necesaria su invalidez debido a la restricción en materia de derechos humanos que sustenta, esto se explica en relación a que privilegia la norma constitucional por encima de los tratados internacionales que puedan garantizar de mejor manera los derechos humanos, condicionando el libre ejercicio de los mismos y la efectividad en su protección por querer aplicar un criterio de jerarquización normativa constitucional.

En cuanto a la tesis jurisprudencial 119/14, reduce la invocación de la protección de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al ámbito interno, declarando improcedente la formulación de agravios en contra de los contenidos constitucionales que limiten o afecten dicho catálogo de derechos.

La tesis aislada 2a. CXXVIII/2015 aunque expone el fundamento convencional que permite establecer restricciones a los Estados parte bajo situaciones de preservación del interés general, no contempla la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos a través de la formulación de agravios cuando exista una excesiva medida de restricción, limitación o prohibición en contra de los derechos fundamentales afectados.

Quinta. Reforma del artículo 190 fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, el cual deberá quedar de la siguiente manera:

Artículo 190, fracción II: Queda prohibida la conservación de registros y el control de comunicaciones que se realicen desde cualquier tipo de línea que utilice numeración propia o arrendada, bajo cualquier modalidad, salvo el caso que exista averiguación previa sobre un delito grave y se encuentre debidamente fundada y motivada, así como la emisión de orden judicial respectiva emitida por autoridad competente, que permitan identificar con precisión los siguientes datos: (- -).

Esto con el objetivo de eliminar el almacenamiento desmesurado de datos personales recabados por las empresas de telecomunicaciones dentro de sus bases electrónicas internas. Solamente la conservación será permitida

cuando exista una investigación para la persecución de un delito considerado grave y bajo la expedición de una orden judicial correspondiente emitida por autoridad competente, con el fin de garantizar el secreto de las telecomunicaciones, el principio de privacidad, seguridad jurídica e inviolabilidad.

Sexta. Reforma del artículo 5 fracción V, inciso c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

V. Velar por el respeto de las garantías individuales y los derechos humanos en la esfera de su competencia. En el ejercicio de esta atribución la Procuraduría General de la República deberá:

c) Cooperar y poner a disposición de la Comisión Nacional de Derechos Humanos la información necesaria para garantizar el cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales en la materia, sin restricción alguna por motivos asociados con el ejercicio de sus atribuciones competenciales.

Con el propósito de cumplir con el ejercicio del derecho de acceso a la información en favor de la Comisión de Nacional de Derechos Humanos, debido a que este es un órgano autónomo que tiene como objetivo el vigilar que se protejan los mismos, a través de auditorías en la materia para garantizar el debido respeto por parte de la Procuraduría General de la República. Es necesario el fortalecimiento de dicha Comisión para que tenga mayor peso en relación con las gestiones derivadas de la garantización, protección, respeto y cumplimiento a través de mecanismos eficaces.

Séptima. Reforma del artículo 39 y derogación del artículo 56 de la Ley para la Protección Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas del Distrito Federal, los cuales deberán de quedar de la siguiente manera:

Artículo 39. La solicitud para el otorgamiento de medidas deberá ser realizada por la persona peticionaria, salvo que ésta se encuentre impedida por alguna causa, en cuyo caso, podrá ser presentada a su nombre por familiares,

terceras personas, alguna organización que la represente o cualquier autoridad que tenga conocimiento de la situación de riesgo, las medidas de protección serán extensivas en favor de cualquier persona que sin dedicarse a la profesión se vea en situación de riesgo por motivo de dicha actividad. Cualquier integrante del Consejo de Evaluación de Medidas podrá recibir la solicitud y la canalizará inmediatamente a la Dirección del Mecanismo quién dará el trámite correspondiente.

#### Artículo 56. Derogado.

Esto con la finalidad de que dicha ley contenga la protección a periodistas, colaboradores y a todo individuo que sin dedicarse a esta profesión se encuentre inmiscuido en un evento de estas características (testigos, informantes, partícipes, transeúntes, etc.) elevando a rango constitucional la obligación del Estado mexicano en la protección de periodistas o cualquier persona que realice alguna actividad perteneciente o catalogada bajo esta materia, con el objetivo de garantizar el derecho de seguridad jurídica y libertad de expresión.

#### Octava. Declaración de invalidez de la contradicción de tesis 31/98.

Esto en razón de que dicha resolución permite pactar la capitalización de intereses entre las instituciones de crédito y los deudores, estos últimos comparecen ante los bancos bajo la necesidad de solventar sus adeudos y dicha figura jurídica -también conocida como anatocismo- permite acrecentar las deudas de los usuarios, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica y social, generando amplios beneficios a los acreditantes bajo el supuesto efecto liberatorio en relación al deudor.

## FUENTES CONSULTADAS

### *Libros*

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdez, Ernesto, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.

- - -, *Theorie der Grundrechte*, 7a. ed., Deutschland, suhrkamp, 2015.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Porrúa, 2008.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (Órganon) I*, trad. de Candel Sanmartín Miguel, Madrid, gredos, 1982.

ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, Camargo González, Ismael y Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, (coords.), *Tribunales constitucionales*, México, Universidad autónoma de Sinaloa, 2011.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

- - -, *El derecho como argumentación, concepciones de la argumentación*, Barcelona, ariel, 2006.

- - -, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, trota, 2013.

BECHARA LLANOS, Abraham Zamir, *La ponderación y los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Libre Sede Cartagena, 2011.

BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, trad. de Rossi, Alejandro, México, UNAM, 1965.

CÁCERES, Enrique, *et. al.*, (coord.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2005.

- CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael, (coord.), *La argumentación jurídica, teoría y práctica*, México, flores editor, 2012.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- CIANCIARDO, Juan, *et. al.*, (coords.), *Filosofía práctica y Derecho, Estudio sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, trad. de Larrañaga, Paolo, *El razonamiento jurídico, Elementos para un modelo*, México, fontanar, 2004.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *El estado actual de la protección a la libertad de expresión en México*, México, freedom house, 2015.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, 6a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, United States of America, Harvard University Press, 1978.
- ESPINOZA CASTRO, Carlos Albero y Hernández Pablo, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, México, ibijus, 2014.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo, (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015.
- FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3a. ed., trad. de Lorca Navarrete, José F., Madrid, pirámide, 1982.

- FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- FERRALLOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, *et. al.*, Madrid, trota, 1995.
- - -, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, fontamara, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Las sentencias de los Tribunales constitucionales*, Perú, adrus, 2009.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho constitucional, teorías de la Constitución y sistema de fuentes*, 2a. ed., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013.
- GARCÍA BECERRA, José Antonio, *Los medios de control constitucional en México*, México, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Supremo Tribunal de Justicia, 2001.
- GARCÍA MECHSNER, Cristián (ed.), *Jurisprudencia comparada, resúmenes de sentencias relevantes de tribunales superiores del mundo*, Chile, Tribunal Constitucional de Chile, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, CIDH, 2007.
- HACKETT FISCHER, David, *Historian's fallacies, toward a logic of historical thought*, United States of America, harper perennial press, 1970.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, fundación Coloquio jurídico europeo, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.
- HUBER, Rudolf, (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Berlín, konrad-adenauer-stiftung, 2009.

PATRÓN SÁNCHEZ, Mario Ernesto (dir.), *Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación principialista, bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, 2016.

SOCORRO, Juan Carlos y Cruceta, José Juan, coordinadores, *Argumentación jurídica*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2009.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Geolocalización de equipos de comunicación móvil, en tiempo real, relacionados con la investigación de delitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas*, México, SCJN, 2005.

TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de Morras, María y Pineda, Victoria, Barcelona, península, 2007.

URIBE ARZATE, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, porrúa, 2006.

VEGA GÓMEZ, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *100 interrogantes fundamentales en derecho de tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Madrid, colex, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, trota, 1995.

*Tesis de doctorado*

GACITÚA ESPÓSITO, Alejandro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal europea*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.

### *Tesis de Maestría*

AGRAMONT LAZARENO, Viviana, *La ilegalidad del pacto de anatocismo en el contrato de apertura de crédito*, tesis para la obtención del grado en Maestría en Derecho Mercantil, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999.

### *Hemerografía*

CAÑAS QUIROZ, Roberto, “La dialéctica en la filosofía griega”, *Intersedes: revista de las sedes regionales*, Costa Rica, número 22, volumen XI, sin mes, 2010.

CASTILLO LARA, Claudia, “Estudio socio-jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *alegatos: sección artículos de investigación*, México, núm. 89, enero-abril de 2015.

CHANO REGAÑA, Lorena, “Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo, especial referencia a los derechos fundamentales”, *revista universitaria europea*, España, núm. 23, julio-diciembre de 2015.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la Comunidad constitucional europea”, *Teoría y realidad constitucional*, Viena, núm. 39, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, “Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de derechos humanos”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, *Boletín de Derecho comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.

GÓMEZ ROMERO, Luis, “El anatocismo, cinco años después (o la resaca del banquero anarquista)”, *Revista de derecho privado*, México, nueva época, núm. 9-10, septiembre de 2004.



- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información”, trad. de López Pina, Antonio y Freund, Angélica, *RDU. Assunto especial*, Porto Alegre, núm. 64, julio–agosto de 2015.
- INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización III, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, año XI, núm. 22, julio-diciembre de 2014.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2012.
- MERLI, Franz, “La justicia constitucional y el derecho de la UE en Austria”, *UNED. Teoría y realidad constitucional*, España, núm. 39, 2017.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.
- RECASENS SICHES, Luis, “La tópica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg”, *Diánoia*, México, volumen IX, núm. 09, sin mes, 1963.
- ROMERO, SÁNCHEZ, Angélica, “Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán”, *Revista Criminalidad*, Bogotá, núm. 2, mayo-agosto de 2015.
- VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago José, “El caso “campo algodonero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, vol. XI, sin mes, 2011.

### *Sentencias Internacionales*

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras (“Campo algodono”) vs. México, 2009.*

- - -, *Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco vs. México, 2009.*

- - -, *Sentencia de 26 de noviembre de 2010, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010.*

- - -, *Sentencia de 15 de mayo de 2011, caso Fernández Ortega y otros vs. México, 2011.*

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Fabris contra Francia sentencia de fecha 07 de febrero de 2013, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2013.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, *Sentencia U466/11-18; U1836/11 de fecha 14 de marzo de 2012, Viena, Corte Constitucional, 2012.*

### *Sentencias constitucionales*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 49/09, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decima Época, 09 de marzo de 2010.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 32/12, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decima Época, 16 de enero de 2014.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 84/15, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decima Época, 12 de enero de 2017.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 104/15, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decima Época, 16 de noviembre de 2016.*

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1250/12, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 14 de abril de 2015.

AMPARO EN REVISIÓN 964/15, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 04 de mayo de 2016.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 38/14, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 24 de septiembre de 2015.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 39/14, *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 01 de octubre de 2015.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Voto particular en la acción de inconstitucionalidad 84/15", *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Decima Época, 12 de enero de 2017.

#### *Jurisprudencia*

CONTRADICCIÓN DE TESIS 31/98, *Semanario judicial de la federación*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/13, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014.

TESIS P. LXVI/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998.

TESIS P./J. 70/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000.

TESIS 1ª./J. 139/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005.

TESIS I.4º.A.69 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006.

TESIS P./J. 72/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010.

TESIS I.15<sup>o</sup>.A.4. K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, mayo de 2012.

TESIS 1<sup>a</sup>. CCCLXIX (10<sup>a</sup>.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, enero de 2014.

TESIS 2a./J. 119/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, Noviembre de 2014.

TESIS 2a. CXXVIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, Noviembre de 2015.

### *Legislación*

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

CONVENCIÓN RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA DE LA UNESCO

CONVENIO RELATIVO A LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACIÓN DE LA OIT

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES.

LEY DE EDUCACIÓN PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

LEY PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS Y PERIODISTAS DEL DISTRITO FEDERAL.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

*Fuentes electrónicas*

AGUIRRE ANGUIANO, Sergio Salvador, "La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional", consultado el día 30 de noviembre de 2017 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2390/4.pdf>

ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución", consultado el día 28 de septiembre de 2016 en [http://www3.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf)

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2 BverfR 581/01, de fecha 12 de abril de 2005, consultado el día 29 de marzo de 2018 en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412\\_2bvr058101.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412_2bvr058101.html)

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, BVerfGE 256/08, de fecha 02 de marzo de 2010, consultado el día 31 de marzo de 2018 en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302\\_1bvr025608en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html)

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "Cultura de la legalidad y derechos fundamentales", consultado el día 30 de noviembre de 2017 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/2doCongresoNac/pdf/1MCARBONELLPA.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Situación de derechos humanos en México", Organización de los Estados Americanos, 31 de diciembre de 2015, consultado el día 30 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>

- - -, “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos impugna ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, consultado el día 01 de junio de 2017 en [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Cart\\_news/carta197.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Cart_news/carta197.pdf)

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los argumentos jurídicos y las falacias”, consultado el día 13 de septiembre de 2016 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3983/14.pdf>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA Fernando, “El “Caso Radilla” y su impacto en el orden jurídico nacional”, consultado el día 30 de mayo del 2018 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/11.pdf>

FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Las bases de la argumentación constitucional” consultado el día 30 de septiembre de 2016 en <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/09/las-bases-de-la-argumentacion-constitucional-pdf.pdf>

FLORES, Imer B., *Apuntes para una teoría –y práctica- del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica*, consultado el día 17 de octubre del 2017 en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8649/10679>

FLORES CRUZ, Jaime, “Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional”, consultado el día 21 de septiembre del 2017 en [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios\\_002.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf)

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, “Constitucionalidad y legalidad en el amparo directo en revisión”, *Revista jurídica anuario Universidad Iberoamericana*, s.n., s.f., 2006, consultado el día 03 de junio del 2016 en <https://revistas->

*colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11635/106*  
45

HARTWIG, Mathias, “La “proporcionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, consultado el día 05 de junio del 2018 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/31.pdf>

LABOSSIERE, Michael C., “Cuarenta y dos falacias”, traducción por Newsted, Alex, segunda edición, 2013, consultado el día 16 de septiembre de 2016 en <http://blog.talkingphilosophy.com/wp-content/uploads/2015/08/42-Falacias.pdf>

LÓPEZ, Luis Enrique, “La eficacia y validez de lo obvio: lecciones aprendidas desde la evaluación de los procesos educativos bilingües”, en Muñoz Cruz, Héctor, “La diversidad de las reformas educativas interculturales”, *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, México, número 2, mayo de 2002, consultado el día 23 de mayo de 2017 en <http://redie.uabc.mx/vol4no2/contenido-cruz.html>

MEDINA MORA, Raúl, “Anatocismo”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 28, 1998, consultado el día 28 de Mayo del 2016 en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11355/10402>

MÉNDEZ, Juan E., “Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes”, 28º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 29 de diciembre de 2014, consultado el día 30 de octubre de 2017 en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>

MORENO CRUZ, Rodolfo, “Derechos humanos: entran por la puerta y salen por la ventana”, *Revista el Mundo del Abogado*, núm. 175, noviembre de

2013, <http://vlex.com/vid/humanos-entran-puerta-salen-ventana-476405336>

MUÑOZ CRUZ, Héctor, “La diversidad de las reformas educativas interculturales”, *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, México, número 2, mayo de 2002, consultado el día 16 de noviembre de 2017 en <http://redie.uabc.mx/vol4no2/contenido-cruz.html>

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *La investigación del delito en la era digital*, fundación alternativas, consultado el día 29 de marzo de 2018 en [http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades\\_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf)

PALOMINO MANCHEGO, José F., “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional de Perú” consultado el día 19 de septiembre de 2016 en <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/28.pdf>

PÉREZ CARRILLO, Agustín, “El anatocismo visto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿solución correcta?”, consultado el día 22 de noviembre de 2017 en <https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/37/41-08.pdf>

POY SOLANO, Laura, “Viola la reforma educativa tratados sobre derechos humanos, advierten abogados”, periódico la jornada, publicado el día sábado 13 de abril de 2013, consultado el día 21 de noviembre de 2017 en <http://www.jornada.unam.mx/2013/04/13/politica/008n1pol>

RED EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES, El estado de la vigilancia: Fuera de control, informe realizado en noviembre de 2016, consultado el día 17 de octubre de 2017 en <https://r3d.mx/wp-content/uploads/R3D-edovigilancia2016-FINAL1.pdf>

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo las tendencias europeas actuales de tribunal constitucional impuro”, *Revista hechos y derechos*, número 20, marzo del 2014, consultado el día 01 de Junio de 2017 en



<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6956/8892>

ROSALES GRAMAJO, Fernando Javier, “Lógica jurídica: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante”, consultado el día 08 de septiembre de 2016 en <http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/Logica-Juridica/04.pdf>

SANZ BAYÓN, Pablo, “Sobre la tópica jurídica en Viehweg”, *Telemática de Filosofía del Derecho*, 2013, núm. 16, consultado el día 20 de noviembre de 2017 en <http://www.rtf.d.es/numero16/02-16.pdf>

VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, ponencia presentada en el I Congreso internacional sobre justicia constitucional y IV Encuentro de derecho procesal constitucional, Cancún, México, consultado el día 01 de septiembre de 2016 en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2725/8.pdf>

#### *Diccionarios*

DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS: *Español-inglés, inglés-español*, espasa, Madrid, España, 2002.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO BABER, Baber, 1991.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS, España, Océano.

PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2004.

