



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“EL NUEVO PARADIGMA EN LA APLICACIÓN E
INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO A PARTIR DE
LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE
DERECHOS HUMANOS”**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
ANTONIO BRAMBILA GUTIÉRREZ DE VELASCO

TUTOR
DR. IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

MÉXICO, D.F. SEPTIEMBRE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis abuelos, cuyo cariño incondicional me ha acompañado durante todos estos años.

A mi padre[†], por todas sus enseñanzas.

A mi madre, por su apoyo y confianza.

A mis hermanas, por su cariño y eterno apoyo.

A mi novia por todas las experiencias que vivimos día a día durante la maestría y seguimos compartiendo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, a la Facultad de Derecho y a su división de estudios de posgrado.

Mis maestros: Aleida Hernández Cervantes; Carlos F. Natarén Nandayapa; Imer B. Flores y Hermilo López Bassols, cuyo apoyo me ha acompañado a lo largo de la maestría y el paso del tiempo.

A mis amigos, por compartir tantos momentos juntos.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1.....	7
1.1.- Algunas reflexiones sobre la teoría y la práctica en el campo del derecho.....	7
1.2.- Dimensión política de los Derechos Humanos.....	8
1.2.1.- El estado liberal, la democracia y el Estado constitucional.....	9
1.3.- La ciencia, el positivismo y el positivismo jurídico.....	14
1.3.1.- La ciencia y su relación con el Derecho.....	14
1.3.2.- El positivismo y el positivismo jurídico.....	24
1.4.- La crítica de Luis Recasens Siches a la lógica tradicional.....	32
1.5.- Paradigma constitucionalista.....	36
1.5.1.- Ponderación.....	37
Capítulo 2.....	40
2.1.- El carácter especial de los derechos Humanos.....	41

2.2.-La importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos.....	47
2.3.- La importancia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	58
Capítulo 3.....	72
3.1.- El silogismo jurídico y el modelo principalista, dos esquemas distintos de razonamiento jurídico.....	73
3.2.- Juan Ruiz Manero y las lagunas del derecho.....	76
3.3.- Técnica Judicial.....	82
3.3.1.- Interpretación.....	83
3.3.2.- Integración.....	84
3.4.-Poder blando, una alternativa para la argumentación del Derecho.....	86
3.4.1.- Poder duro y Poder blando.....	86
3.4.2.- El poder y el Derecho.....	87
3.5.- Lenguaje ciudadano, un modelo práctico y entendible de justicia para los gobernados.....	89

3.5.1.- Una mirada al manual del lenguaje ciudadano.....	94
3.5.2.- Antecedentes del Lenguaje Ciudadano.....	100
Capítulo 4.-.....	105
4.1.- Análisis del Caso 42/2013, el arresto de una mujer de ochenta y siete años de edad.....	105
4.2.- El caso Cherán, Acuerdo No. CG-38/2011 y SUP-JDC-9167/2011.....	110
4.3.- El caso Radilla Pachecho vs. Estados Unidos Mexicanos y el expediente varios 912/2010.....	120
4.3.1.- Antecedentes del caso Radilla.....	121
4.3.2.- Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2009.....	123
4.3.3.- Expediente Varios 912/2010.....	126
Conclusiones.....	137
Propuestas.....	143
Anexos.....	(145-172)
Anexo I (Jurisprudencias con motivo del caso Radilla y otras relacionadas con los dh).....	145
Anexo II (Amparo 42/2013 del Cuaderno Auxiliar, del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.).....	161

Bibliografia.....	173
-------------------	-----

Introducción.

La reforma a la constitución en materia de derechos humanos (en adelante DH), llevada a cabo en junio de 2011, implica un cambio de paradigma que impacta profundamente, no sólo en la concepción que tenemos sobre los DH, sino en la concepción que tenemos respecto del derecho mismo. Esta reforma nos obliga a revalorar la función del derecho, toda vez que transitamos de un sistema que sólo reconocía la existencia de reglas dentro de su sistema normativo, hacia un nuevo modelo que además de reglas, reconoce la existencia de principios dentro de su ordenamiento jurídico. Entender este cambio de paradigma es fundamental para los estudiosos del derecho, toda vez que *“los derechos humanos no pueden entenderse en términos estrictamente normativos”*.¹ Manuel Atienza señala que *“la expresión ‘derechos humanos’ tiene un carácter reivindicativo: expresa una crítica al derecho positivo porque no contiene un derecho que debería contener”*.²

El positivismo jurídico y el formalismo procesal que aún impera en nuestro país está en contra de la nueva realidad constitucional, toda vez que el positivismo jurídico concibe al derecho como un conjunto de reglas independientes de valores y principios, y para dar la protección más amplia a las personas (a través de la incorporación de los DH), necesitamos forzosamente valorar el derecho y reconocer la existencia de principios morales en nuestro ordenamiento jurídico. La reforma a la constitución en materia de DH implica un cambio de paradigma que justifica cambios en cuanto a los criterios de aplicación e interpretación de la norma. Las formas tradicionales de interpretación y aplicación del derecho (bajo el paradigma positivista), son insuficientes y deficientes en un sistema jurídico que incorpora los DH, y reconoce la existencia de principios morales dentro de su

¹ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2012, p. 225.

² *Ibidem*, p. 222.

ordenamiento normativo. Esta reforma es sin duda la más relevante en materia de derechos humanos que se ha legislado en la historia de nuestro país y sus consecuencias no son del todo claras.

El presente trabajo de investigación tiene como propósito general analizar dos sistemas contrapuestos (el positivismo jurídico y otro sistema que reconoce la existencia de principios morales en nuestro ordenamiento jurídico), y demostrar que depende de la concepción que se tenga del derecho afecta la manera en que lo aplicamos. Y aunque el análisis de estos dos sistemas pueda parecer un estudio única y exclusivamente teórico, tiene implicaciones en la interpretación, aplicación y argumentación del derecho. Ante el esquema planteado cabe preguntarnos, ¿Qué importancia tiene esta reforma? ¿Cómo y por qué cambia la concepción que teníamos del derecho? ¿No era suficiente la protección otorgada anteriormente a nuestras garantías individuales? ¿Cómo cambia la forma de interpretación y argumentación del derecho? ¿Es necesaria una revaloración de las formas en que utilizamos el lenguaje para hacer efectivos nuestros derechos?

Para responder estas preguntas utilizare el método deductivo (partiré de la teoría y posteriormente analizaré casos prácticos), orientado hacia una técnica documental. Para el desarrollo de la presente investigación es necesario explicar en qué consiste el positivismo jurídico, el modelo dworkiano, y los derechos humanos. Para ello considero necesario partir de un análisis analítico (orientado a términos y conceptos aparentemente rígidos), y terminar con un análisis valorativo.

En cuanto al estado del arte es importante señalar que si bien los derechos humanos están en constante construcción y expansión, la Contradicción de Tesis 293/2011 emitida por Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció límites constitucionales a los derechos humanos.

La presente investigación se divide en cuatro capítulos, en los que inicialmente se aborda el problema desde una perspectiva teórica, para terminar en el estudio de casos concretos.

El primer capítulo tiene por objeto justificar el presente trabajo de investigación, desde un punto de vista teórico. Este primer paso es fundamental ya que advierto una transición en nuestro orden jurídico entre dos sistemas que tiene fundamentos distintos que chocan entre sí. Por ello, estableceré las bases conceptuales de la investigación, en el entendido que antes de criticar al sistema tengo que establecer cuáles son sus bases y cómo se justifica a sí mismo el propio sistema; pues la reforma constitucional en materia de DH es la continuación del Estado liberal y el Estado de derecho, sin embargo, esta nueva etapa tiene sus propias características. Una vez desarrollado lo anterior, centraré mi atención hacia el derecho y hacia el nuevo paradigma constitucional, para ello considero oportuno responder a las preguntas: ¿qué se entiende por ciencia y que relación guarda la ciencia, el positivismo y el derecho?; ¿qué es un paradigma?; ¿por qué la reforma a la constitución en materia de DH implica un cambio de paradigma? Considero de vital importancia establecer qué es un paradigma, pues frecuentemente escuchamos esta palabra o la vemos mencionada en libros o es empleada en las conferencias relacionadas con la reforma a la constitución en materia de DH, sin embargo, nunca se explica qué es un paradigma y que implicaciones tiene. Al señalar que la reforma a la constitución en materia de DH es un paradigma, resulta necesario establecer primeramente cuáles son las diferentes teorías filosóficas que, relacionadas con la reforma, justifican y dotan de contenido al derecho. A pesar de que las explicaciones anteriores parecen pertenecer al campo de la teoría, la realidad es que, la concepción que tengamos del derecho, impacta directamente con el uso práctico que le damos al mismo.

El segundo capítulo tiene por objeto explicar cuáles son los elementos o las nuevas variables que hacen que la reforma a la constitución en materia de DH

sea novedosa, pues considero que difícilmente podríamos entender la reforma sin estos preciados instrumentos: a) los tratados internacionales en materia de DH, en el entendido de que estos tienen una naturaleza especial y distinta al resto de los tratados internacionales, por lo que tienen una mayor relevancia que el resto de los tratados; y b) la adopción de los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Estos nuevos elementos se funden y conforman un sólo sistema que tiene el propósito de dar la protección más amplia a la persona. Este capítulo se enfoca única y exclusivamente en el sistema regional de DH (me refiero a la Organización de Estados Americanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), esto es así porque considero que si justifico la importancia del sistema regional, queda implícita la importancia de un sistema universal (como lo es Organización de las Naciones Unidas).

En la tercera parte de la investigación estableceré la importancia del juez en la nueva realidad constitucional ya que hoy más que nunca necesitamos jueces creativos y pensantes que comprendan que el Derecho es más que un modelo aplicativo;³ necesitamos jueces que entiendan que la función jurisdiccional va más allá de una buena técnica judicial. Los jueces son el enlace entre las instituciones y los gobernados, esta situación los ubica en un lugar muy especial con respecto a la reforma a la constitución en materia de DH.

En la cuarta y última parte de la investigación, analizaré tres casos reales. Primeramente se examinarán los casos: 42/2013 del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, que trata del arresto de una mujer de ochenta y siete años de edad; y el Acuerdo No. CG-38/2011 del Instituto Electoral de Michoacán, así como el expediente SUP-JDC-9167/2011 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

³ Cfr. Flores, Imer B., “¿Es el derecho un modelo aplicativo?” en Arriola Cantero, Juan Federico y Rojas Amandi, Víctor (coord.), *La Filosofía del derecho hoy*, México, editorial Porrúa, 2010, pp. 193, 194 y 201.

Federación, mejor conocido como el caso Cherán. Lo anterior tiene el propósito de evidenciar el choque entre los dos sistemas y demostrar que la concepción (teoría, abstracción o idealización) que los órganos jurisdiccionales⁴ tienen del Derecho, afecta en la fundamentación y en la forma de aplicarlo. En estos dos casos resulta evidente que, si resolvemos un problema bajo el sistema positivista y separadamente resolvemos el mismo caso con el nuevo sistema de DH, veremos conclusiones totalmente distintas y contradictorias. Finalmente, se analizará el “expediente varios 912/2010”, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), esto tiene la finalidad de examinar las nociones que tienen nuestros ministros respecto de DH. Esto es oportuno toda vez que dichas nociones son el punto de partida o el referente para que los demás órganos jurisdiccionales apliquen los DH.

Este trabajo busca reiterar la importancia de la función judicial con relación a la reforma constitucional en materia de DH, toda vez que si los operadores jurídicos insisten en seguir el modelo aplicativo positivista, la reforma constitucional no prosperará. La función jurisdiccional no consiste en la simple aplicación del derecho, la visión automática que actualmente se tiene de los órganos jurisdiccionales y de sus funcionarios, como seres inanimados cuya función es la de ser un simple instrumento para pronunciar lo dispuesto en un ordenamiento normativo, sin que sean capaces de apreciar o valorar las controversias planteadas,⁵ resulta insuficiente para dar respuesta a los problemas de una sociedad dinámica como en la que vivimos. La reforma constitucional en materia de DH obliga a revalorar lo que entendemos por derecho, si reconocemos la existencia de principios (morales) dentro de nuestro ordenamiento normativo, entonces tenemos que reconocer que el juez no es una simple máquina, o una

⁴ Incluyo a aquellos órganos que aunque no son formalmente judiciales, materialmente sí realizan actos judiciales.

⁵ Cfr. Flores, Imer B., “Apuntes para una teoría -y práctica- del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Número 7, Enero-Junio, Año 2006, p. 6. Visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/ReformaJudicial/indice.htm?n=7>, (3 de julio 2013; 14:00 horas).

simple herramienta inanimada del derecho. El positivismo jurídico concibe al juez como un instrumento mecanizado cuya función consiste en la aplicación exacta de la letra de la ley, siendo el juez un instrumento desapasionado que no toma en cuenta circunstancias o la realidad social en la que vivimos. Sin embargo la realidad social es más compleja que un silogismo, Gustav Radbruch acertó cuando señaló que:

Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega toda la posibilidad de manejar la justicia, y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como servidor de la justicia.⁶

Este es justamente el choque al que nos estamos enfrentando con la reforma a la constitución en materia de Derechos humanos. Esta reforma a la constitución implica valorar al hombre y a sus circunstancias, a la libertad y a la justicia misma, “...a las preguntas: <<¿qué es el Derecho?>>, <<qué es la justicia?>>, <<qué es la libertad?>>, no se les da contestación debida si no se sabe qué es el hombre”.⁷

⁶ Ibídem, p. 3.

⁷ Iglesias, Juan, *Miniaturas histórico-jurídicas*, 2a ed., España, Ariel, 2003, p. 29.

Capítulo 1.

1.1.- Algunas reflexiones sobre la teoría y la práctica en el campo del derecho.

Considero necesario hacer algunas reflexiones sobre la relación que existe entre la teoría y la práctica en el campo del Derecho toda vez que en el primer capítulo de la presente investigación se abordan los problemas desde una perspectiva eminentemente teórica. Por ello creo que es necesario preguntarse por qué es importante la teoría.

En innumerables ocasiones hemos escuchado que algo puede ser válido en la teoría y, que sin embargo dicho conocimiento no sirve para la práctica. Kant advierte el problema mejor que nadie y señala que no faltara quien afirme que *“la teoría es buena para la escuela (más o menos para ejercitar la inteligencia) pero que en la práctica ocurre algo enteramente distinto... lo que es plausible en la teoría no tiene validez alguna para la práctica, vale in thesi, pero no in hypothesis”*.⁸ La premisa anterior puede poner en apuros a un profesor distraído que no haya leído a Kant, por fortuna el mismo Kant no da la respuesta hacia ese problemático planteamiento.

Kant señala que *“se llama teoría a un conjunto de reglas, incluso de las prácticas, cuando estas reglas, como principios, son pensadas con cierta universalidad y, además, cuando son abstraídas del gran número de condiciones que sin embargo influyen necesariamente en su aplicación”*.⁹ De lo anterior se

⁸ Kant, Immanuel, *Teoría y praxis*, http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/K/Kant,%20Immanuel%20-%20Teoria%20y%20praxis.pdf, (19/08/2013 18:22 horas).

⁹ *Ibidem*, p. 3.

desprende que la teoría no es ajena a la realidad, sino todo lo contrario, ya que de la realidad práctica podemos encontrar principios o reglas que se apliquen un conjunto universal de casos y, de las condiciones que se repitan universalmente podemos abstraer los elementos básicos e indispensables para elaborar una teoría. Para realizar el proceso anterior es necesario un tercer elemento que sirva de enlace entre la teoría y la práctica, este tercer elemento consiste en la facultad de juzgar y, esta facultad es necesaria para determinar si un caso cae o no en la regla. Kant también destaca que *“nadie puede decirse prácticamente versado en una ciencia y a la vez despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente que es un ignorante en su oficio”*.¹⁰

Estas consideraciones no son ajenas al campo del derecho, Andrés de la Oliva Santos considera que *“la única buena práctica jurídica, es la que se apoya en una buena teoría”*.¹¹ Y concluye que no debe existir una separación entre el derecho práctico y el derecho teórico, ya que el derecho siempre es práctico.

La teoría es necesaria para entender las bases conceptuales que justifican cualquier sistema, en el presente trabajo se exploran dos sistemas: el positivismo y otro sistema que además de la norma reconoce la existencia de los principios dentro del ordenamiento normativo. Comprender las bases de estos dos sistemas es importante para el estudio de la unidad 4 ya que se confrontan estas dos posturas mediante el análisis de dos casos prácticos: el caso del arresto de una mujer de ochenta y siete años de edad y el caso Cherán.

1.2.- Dimensión política de los Derechos Humanos.

Antes de entrar a un análisis jurídico sobre los DH es importante entender que su impacto no sólo importa al Derecho, sino que también tienen implicaciones

¹⁰ Ibídem, p. 5.

¹¹ De la Oliva Santos, Andrés, *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 2.

políticas que transforman la estructura democrática en la que vivimos, los DH son la continuación del sistema democrático liberal. El sistema liberal surge de la necesidad de establecer límites al poder de Estado. Las luchas históricas del hombre en búsqueda de su libertad derivaron en un catálogo de derechos que protegen al individuo en contra del poder arbitrario del Estado. Desde que el hombre tiene conciencia de su libertad ha buscado protegerla, incluso a costa de su propia vida y, el hombre ha encontrado en el derecho una de las herramientas más importantes para reconocer y proteger sus derechos más elementales. Los DH implican una constante búsqueda hacia mejoramiento de mecanismos efectivos que protejan la libertad y los derechos más elementales del hombre.

1.2.1.- El estado liberal, la democracia y el Estado constitucional.

Se entiende al Estado liberal desde dos aspectos fundamentales, “...*como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible*”,¹² el Estado liberal sostiene que la intervención del Estado en las relaciones de los individuos debe de ser mínima y el único objetivo justificable para que el Estado intervenga en las relaciones de los particulares en contra su voluntad es para evitar que éstos se hagan daño uno al otro, tal como lo señala John Stuart Mill en su obra clásica, “Sobre la libertad”.¹³ El Estado liberal, parte de un rechazo total al absolutismo y a la arbitrariedad, el liberalismo parte de “*concepción negativa del Estado, reducido a simple instrumento de realización de los fines individuales*”.¹⁴

¹² Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, 3a reimpresión, trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 89.

¹³ Stuart Mill, John, *Sobre la Libertad*, trad. Pablo de Azcárate, España, Alianza, 1970, p. 65.

¹⁴ Bobbio, Norberto, op. cit., nota 12, p. 90.

En cuanto a la estructura legal el liberalismo destaca por: a) la supremacía de la ley sobre la administración, esto quiere decir que la administración está impedida para actuar arbitrariamente; b) la subordinación a la ley y sólo a la ley de los derechos de los ciudadanos, con exclusión por tanto de que poderes autónomos de la administración que puedan incidir sobre nuestros derechos; y c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva de aplicar la ley, y sólo la ley a las controversias surgidas entre la administración y los ciudadanos.¹⁵

Anteriormente se veía a la sociedad como un medio y al individuo como parte de un órgano que formaba una porción de un ser superior llamado Estado, sin embargo a raíz de las conquistas alcanzadas por el liberalismo, el centro y la base de la acción del sistema se enfocaría en el individuo. En el mismo orden de ideas la regulación jurídica se enfocaría en una serie regulaciones orientadas a proteger al individuo frente al poder del Estado. En el liberalismo el individuo es el elemento más importante de la sociedad ya que éste es un fin en sí mismo.

No debemos confundir el Estado liberal con la democracia ya que ésta es una forma de gobierno que establece “*quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos*”.¹⁶ En el sistema democrático no se establece de antemano quién va a gobernar, este sistema sólo se limita a establecer una serie de reglas procesales. Dentro de estas reglas, destacan la regla de mayoría en elecciones libres, periódicas e informadas en la que se respeten los derechos fundamentales y los derechos de las minorías.¹⁷

¹⁵ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 10a ed., trad. Marina Gascón, Fernández Ciudad, S.L., Trotta, 2011, p.23.

¹⁶ Bobbio, Norberto, op. cit., nota 12, p. 14.

¹⁷ Squella, Agustín, *Norberto Bobbio: Un hombre fiero y justo*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 27-28.

Dentro de las ventajas de esta forma de gobierno encontramos que: a) evita la tiranía; b) fomenta y protege los derechos esenciales; c) favorece la libertad; d) busca la autodeterminación y la autonomía moral; e) se preocupa del desarrollo humano; f) protege los intereses personales esenciales; g) busca la igualdad política; h) busca la paz y la prosperidad.¹⁸

La democracia y el liberalismo, en la actualidad se han fundido en un sólo sistema, sin embargo históricamente primero existió la democracia y después el liberalismo. Ambos sistemas pugnan por el establecimiento de un Estado de derecho ya que sin éste no se pueden sostener. La democracia se fundamenta en un conjunto de reglas que establecen quién y cómo va a gobernar y el liberalismo se relaciona con el Estado de derecho porque las instituciones (los órganos del gobierno), tienen que respetar los límites establecidos en la ley. Sin la existencia de un Estado de derecho, no existiría fundamento y seguridad para ninguno de estos sistemas. Por último es importante señalar que el Estado constitucional se refiera a la jerarquización (la subordinación de las leyes) y, de todos los actos de gobierno a una norma suprema.

Los DH son la continuación progresiva del liberalismo y del Estado de derecho. Los DH son una clara muestra de que en su incesante búsqueda por la libertad, el ser humano continua perfeccionando mecanismos que limitan al poder del Estado. Los DH tienen características propias que los distinguen del Estado constitucional y, si bien estos sistemas comparten las mismas bases (es decir que buscan limitar al poder), ya no podemos hablar propiamente dicho de una subordinación de la ley a una norma suprema sino más bien que la norma suprema es la libertad del individuo sin importar una jerarquía normativa. Esta propuesta no es compartida por muchos abogados ejemplo de ello es la

¹⁸ Cfr. Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, trad. Fernando Vallespín, Argentina, Taurus, 1999, p. 56.

declaración de la Ministra Margarita Luna Ramos quien consideró “*como una traición a la patria el hecho de que se interprete que los tratados internacionales que suscribe México están a la par o son superiores a la Constitución*”.¹⁹ Considero dicha postura injustificada por dos motivos: en primer término la violación de un DH es un problema eminentemente doméstico ya que implica un problema entre la autoridad y un gobernado al que se le afectaron sus derechos; y en segundo término los tratados internacionales en materia de DH tienen una naturaleza especial y distinta al resto de los tratados internacionales.²⁰

En cuanto a lo señalado en el párrafo anterior respecto de que no existe jerarquía normativa entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de DH, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció por establecer límites constitucionales al principio pro homine. En sesión de 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011 y, estableció dos criterios:

a) El primer criterio señala que “... *derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende 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*”.²¹

¹⁹ Quadratin, Agencia mexicana de información y análisis, <http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/> (21/08/2013).

²⁰ Flores, Imer B., “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Número 13, Julio-Diciembre, Año 2005, pp. 235-249, <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2145> , (11/12/2013, 14:00 horas).

²¹ CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL MARTES 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013, visible en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf ,(05/09/2013: 23:57 horas), p. 16.

b) El segundo criterio consiste en *“la obligación de los juzgadores de aplicar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera vinculatoria aunque nuestro país no haya sido parte del proceso del que deriva la jurisprudencia interamericana”*.²²

En cuanto al primer criterio, votaron a favor diez de los once ministros; la mayoría de los ministros señalaron que los límites al principio pro homine, no se relacionaban con una jerarquía normativa toda vez que *“no existe jerarquía, como tal, entre nuestra Constitución y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, esto es, están en un mismo parámetro”*.²³ El único Ministro que se opuso fue José Ramón Cossío quien calificó dicho criterio de regresivo, y señaló que en su consideración dicho criterio sí tenía que ver con una jerarquía normativa, considero que el Ministro tiene razón. Si aplicamos el principio de identidad bajo el cual una cosa es igual a sí misma; y si reconocemos que la Constitución y los tratados internacionales en materia de DH están en un mismo parámetro, entonces no existe forma lógica alguna para establecer límites constitucionales a los DH. Por otra parte el principio de contradicción, señala que *“ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez”*,²⁴ si la Constitución y los DH están en un mismo parámetro entonces no pueden establecerse límites constitucionales a los DH, por la sencilla razón de que los DH están en la misma

²² <http://www.nssoaxaca.com/columnas/93-gerardo-francisco-lopez-thomas/59403-contradiccion-de-tesis-2932011-i> (04/09/2013: 17:00 horas) Analizare este punto más adelante, toda vez que se relaciona directamente con: el capítulo 4; el punto número 5 de las conclusiones y; en el punto número 1 de las propuestas. Cabe destacar que todo lo expuesto en el presente trabajo de investigación fue desarrollado antes de la Contradicción de Tesis 293/2011. Deje intactas todas mis críticas e inquietudes que hasta ese momento eran vigentes. Lo anterior no quiere decir que mis reflexiones sobre estos dos puntos en específico sean desactualizadas, por el contrario considero que mis reflexiones y los nuevos criterios de la Corte son prueba de las grandes inquietudes que existen respecto de los DH. Si bien estos nuevos criterios disipan algunas dudas, las grandes inquietudes que existen en torno a los DH siguen vigentes y no se extinguen con una jurisprudencia.

²³ CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL MARTES 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013, Visible en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf ,(05/09/2013: 23:57 horas).

²⁴ Copi M., Irving y Cohen, Carl, Aldo, *Introducción a la Lógica*, Trad. Rangel, Sandoval Jorge Alejandro, Segunda edición, Ed. Limusa, México, 2011, p. 799.

cuantificación o jerarquía que la misma Constitución. Con lo anterior se concluye que sí existe una distinción y jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de DH, ya que estos últimos están por debajo de la Constitución o de las restricciones constitucionales. Sin embargo considero que esto no debe ser así ya que los tratados internacionales en materia de DH tienen una naturaleza especial y distinta al resto de los tratados y, cuando se afecta un DH no se viola una disposición constitucional sino que se agravia a un gobernado.

Para entender la verdadera dimensión y el impacto de los DH tenemos que comprender que su importancia radica en que los DH, son un sistema complejo que, están interrelacionados con muchos campos del conocimiento humano.²⁵ Por ello es incorrecto establecer que los DH empiezan y terminan en el campo de Derecho.

1.3.- La ciencia, el positivismo y el positivismo jurídico.

Una vez señalada la dimensión política de los DH, es necesario hacer una reflexión de acerca de las bases sobre las cuales se funda la ciencia del derecho, esto tiene como propósito demostrar la incompatibilidad del sistema de los DH con el positivismo jurídico (o con el formalismo procesal). Para ello es necesario establecer qué es el positivismo jurídico y, cómo concibe el positivismo al Derecho.

1.3.1.- La ciencia y su relación con el Derecho.

²⁵ Ejemplo de esta interrelación la podemos apreciar con el análisis del caso Cherán en el capítulo 4, en donde se sugirió un estudio antropológico de dicha comunidad.

Entender qué es la ciencia (el concepto en general) y qué positivismo (entendido corriente filosófica) es importante en el campo del derecho (no debemos presuponer la relevancia de estos conceptos), puesto que el derecho utilizó estas nociones para adjudicarse su carácter científico y positivo. Gracias a estas características se formó todo un edificio conceptual y aplicativo en el campo del derecho.

Para que el derecho se ostentara como ciencia tuvo que delimitar su campo de estudio, para ello centro su conocimiento única y exclusivamente en la norma y, descartó todo tipo de relación con la política, la moral y la filosofía. El positivismo jurídico sustenta el carácter científico del derecho y señala que su campo de estudio empieza y termina en la norma.

El diccionario UNESCO de ciencias sociales establece que: *“la primera característica del conocimiento científico moderno es la objetividad. El conocimiento científico moderno pretende liberarse de todo elemento afectivo o subjetivo que empañaría y comprometería la validez del mismo”*.²⁶ Por esta razón el positivismo jurídico excluyó a la moral de su campo de estudio. Moritz Schlick, señala que la ciencia está integrada por conjunto de proporciones verdaderas respecto de un objeto y, que estas proposiciones verdaderas constituyen la ciencia de ese objeto. El mencionado filósofo alemán sostiene que la finalidad de la ciencia es la verdad, que la ciencia es objetiva y, que el único entusiasmo que el investigador puede mostrar es por la verdad. Esto impide que el investigador manifieste los sentimientos o empatía respecto del objeto de estudio, de lo contrario se amenazaría la objetividad del conocimiento.²⁷ Estos criterios también fueron observados en el la ciencia del Derecho, en donde el juez aplica el derecho

²⁶ Salustiano, Del Campo (Director del Diccionario), *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*, España, Planeta-Agostini, 1987, t. I, p.378.

²⁷ Cfr. Schlick, Moritz, “¿Qué pretende la ética?”, en Ayer, Alfred J., (comp.), *El Positivismo Lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 251.

sin mostrar ninguna afección. Sin embargo, cabe destacar que las explicaciones anteriores corresponden a una idea cerrada y tradicional de qué es la ciencia.

Respecto a la concepción tradicional de ciencia Kuhn señala que:

Si la ciencia es la constelación de hechos, teorías y métodos recogidos en los textos al uso, entonces los científicos son las personas que, con éxito o sin él, han intentado aportar un elemento u otro de esa constelación concreta. El desarrollo científico se convierte así en el proceso gradual mediante el cual esos elementos se han sumado, uno a uno y en combinación, al acervo siempre creciente que constituye la técnica y el conocimiento científicos.²⁸

Es decir que bajo la concepción tradicional el avance científico se da mediante la acumulación progresiva y lineal de nuevos logros (Kuhn crítica esta postura). Según la concepción del *desarrollo-por-acumulación*: cada nuevo descubrimiento se suma al cúmulo de conocimientos ya existentes de forma progresiva y lineal. La concepción tradicional ve al progreso científico como un edificio en constante construcción, en donde los ladrillos se sobre ponen unos sobre los otros de forma acumulativa.²⁹ Kuhn crítica esta postura y señala que *“aunque éste es el proceso de desarrollo de la ciencia en épocas <<normales>>, existen también periodos <<revolucionarios>> en los que se interrumpe la continuidad con el pasado y se inicia una nueva construcción...se demuele un*

²⁸ Kuhn., Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a ed., 2a reimpresión, trad. Carlos Solís, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 58.

²⁹ Cfr. Corbetta, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, trad. Marta Díaz Ugarte y Susana Díaz Ugarte, España, McGraw-Hill, 2007, p. 4. Visible en <http://es.scribd.com/doc/55144136/Metodologia-y-tecnicas-de-investigacion-social-Piergiorgio-Corbetta#download> (3 julio 2013; 17:30 horas).

edificio viejo de ladrillo para construir otro con materiales distintos, por ejemplo un rascacielos de cristal y aluminio".³⁰

Kuhn señala que estas revoluciones "*cambian los problemas que se proponen a la investigación científica, y también los criterios para determinar lo que se debía considerar un problema admisible o una solución válida para el mismo*".³¹ Lo anterior es muy relevante toda vez que se transforma la estructura conceptual con la que los científicos estudian y comprenden al mundo.³² De la misma manera no es lo mismo comprender y estudiar el derecho desde una postura positivista (que única y exclusivamente apela a la norma), que estudiar el derecho desde una postura que busque integrar el hecho, el valor y la norma en una misma ecuación.

Kuhn señala que para responder a las preguntas: "*¿cuándo se descubrió el oxígeno?; ¿Quién fue el primero en concebir la conservación de la energía?*",³³ más que resolver estas interrogantes de forma directa y buscar las contribuciones permanentes y progresivas - como si se tratara de un desarrollo por acumulación de una ciencia antigua a nuestro estado presente, lo que en verdad se plantea es la integridad histórica de la ciencia en su propia época con sus limitantes y sus problemas. Lo anterior es posible cuando se conoce las opiniones de determinados personajes históricos o las de su grupo (o de sus sucesores en la ciencia). Esto también acontece en el campo del derecho toda vez que para estudiar una postura filosófica nos planteamos los límites y los problemas de cierta postura en un tiempo y en un contexto determinado (sin que lo anterior tenga que ver con un progreso acumulativo).

³⁰ Ídem.

³¹ *Ibidem*, p. 5.

³² Cfr. Corbetta, Piergiorgio, *op. cit.*, nota 29, p.5.

³³ Kuhn, Thomas S., *op. cit.*, nota 28, p. 59.

Por lo que no se estudia el objeto como un ente aislado del contexto histórico, sino que estudia la concepción del grupo dominante en cierta época y su realidad histórica, mutilar la ciencia de su contexto histórico no es de utilidad alguna para explicar el desarrollo de ésta, sino que el contexto histórico determina el desarrollo mismo de la ciencia.

En el campo del derecho, es difícil llegar a una conclusión de quién fue el primero en plantear determinada concepción del derecho,³⁴ para poner un ejemplo pensemos en la tragedia griega *Antígona* de Sófocles, en la que se puede analizar el derecho desde diferentes posturas epistemológicas, ya sea el positivismo, el ius naturalismo e incluso el realismo jurídico. Lo anterior no implica que Sófocles haya sido el artífice de dichas corrientes, sin embargo es más fácil analizar el contexto de la época para explicar el desarrollo histórico de la ciencia.

Kuhn señala que la ciencia está acompañada de una discriminación de procesos, esto es consecuencia de causalidades personales e históricas. Esto se debe a que un investigador parte de ciertas bases preconcebidas o algún conjunto de creencias heredadas, así como arbitrariedades, entendidas como formas predeterminadas de ver las cosas, a causa de su preparación personal. Por ello es importante entender cuál era la opinión del grupo dominante en cierta época, esto nos sirve para entender el conjunto de creencias heredadas y las limitaciones de aquel grupo, con estos elementos podemos entender por qué entendían el mundo de la forma en que lo hicieron.

Kuhn establece la importancia de los paradigmas para el desarrollo de la ciencia, y nos dice que en un estado primitivo del conocimiento se acumulan

³⁴ No obstante del comentario anterior es fácil conocer las posturas de los autores respecto de determinadas concepciones, sin embargo estas concepciones rara vez tiene uniformidad respecto de otros autores.

datos, sin que estos tengan relación unos con los otros y, si bien estos datos contribuyen para buscar una eventual uniformidad de criterios, también nos puede llevar a un pantanal. Al no tener un criterio uniforme se corre el riesgo de perder la óptica general en un mar de registros aislados. Es por ello que son necesarios un conjunto de creencias, leyes, teorías, aplicaciones e instrumentos que otorguen cierta coherencia a la investigación científica,³⁵ y que den cierta uniformidad de criterios para poder tener un punto de partida. A falta de una uniformidad de criterios, todos los puntos de vista y métodos son igualmente válidos, lo que nos lleva a perdernos dentro de un mar de hechos y registros aislados. Los paradigmas son pautas que marcan cierta uniformidad de criterios y son el punto de partida para el desarrollo de la investigación científica. Ahora bien cuando a través de la investigación científica se registran datos atípicos e irregulares en el paradigma dominante (y cuyo estudio sea impostergable), se crea una crisis. De esta crisis³⁶ en la ciencia puede surgir un nuevo paradigma.

*“Sin un paradigma, una ciencia no tendría orientación ni criterios de elección: todos los problemas, todos los métodos y todas las técnicas serían válidos, el paradigma sirve como una guía para la ciencia”.*³⁷

Ahora bien, cualquier persona que haya leído “La estructura de las revoluciones científicas”, puede argumentar que Kuhn se refiere a otro tipo de ciencias, sin que estas ciencias tengan que ver con el campo del derecho. No obstante que resulta cierta la crítica anterior, también podemos sostener que en el campo del derecho también existen un conjunto de creencias, leyes, teorías, aplicaciones e instrumentos que dotan de coherencia y uniformidad a nuestro

³⁵ Esto es un paradigma.

³⁶ Existe una crisis en el paradigma dominante cuando el modelo propuesto no sirve para explicar las irregularidades registradas.

³⁷ Corbetta, Piergiorgio, op. cit., nota 29, p. 5.

campo de estudio. De la misma forma observamos que estas creencias y teorías nos ayudan para desarrollar modelos aplicativos que dependen de la concepción que tengamos del derecho. Ejemplo de lo anterior es la ponderación contrastado con la subsunción, ambos modelos aplicativos corresponden a justificaciones distintas del derecho. El modelo subsuntivo funciona para un modelo silogístico y concibe al derecho única y exclusivamente como un conjunto de reglas, mientras que la ponderación reconoce la existencia de principios.

Los modelos teóricos (epistemológicos) que tenemos en el campo del derecho también son paradigmas en sí mismos en el entendido que tiene su propia forma de explicar y concebir el derecho con herramientas propias que justifican su práctica y su estudio. Manuel Atienza en su obra “El sentido del derecho” señala que una concepción del derecho (en relación con los diferentes modelos epistemológicos) es una respuesta articulada ante diversas cuestiones: *“por qué existe, en qué medida consiste en normas, qué relación guarda con el poder o con la moral, para qué sirve, qué funciones sociales cumple, cómo debería ser, qué objetivos y valores deben y pueden alcanzarse con él..., hasta qué punto consiste una actividad argumentativa, cómo ha de entenderse su aplicación e interpretación”*.³⁸

Los modelos epistemológicos son tan diversos que lo que un modelo considera relevante otro modelo lo descarta. Ejemplo de lo anterior es responder a la pregunta ¿qué función social cumple el derecho?; visto de una perspectiva positivista se negaría la importancia de que el derecho cumpla una función social ya que la función del derecho se limita a establecer una competencia jurisdiccional y, que los conflictos que surjan se resuelvan según las leyes correspondientes que en los órganos jurisdiccionales facultados previamente para ello sin importar un aspecto político, sociológico y axiológico; en contraste el realismo jurídico

³⁸ Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 285.

sustentaría que el derechos sí cumple con una función social. Estas posturas contienen un conjunto de creencias, leyes, teorías, métodos e instrumentos de aplicación que dan coherencia a los modelos explicativos del derecho, estos modelos dependen de la relación que guarden respecto del hecho, del valor y de la norma.

Por su parte Karl Popper, señala que la concepción tradicional de la ciencia se ha identificado con la verdad, *“que la verdad en la ciencia se ha considerado indudable puesto que se funda en verificaciones y en múltiples observación que confirman siempre los mismos hechos”*.³⁹ Sin embargo Popper considera que la realidad es más compleja ya que depende de la formación y experiencia del observador, surgen continuamente nuevos datos que contradicen y cuestionan la teoría vigente hasta hacerla obsoleta. Por ello Popper habla de una temporalidad de la verdad científica y de sus teorías, un ejemplo de lo anterior es la ciencia de Newton (cerrada, medible y determinista) en comparación con el principio de indeterminación de Heisenberg y las aportaciones de Kurt Gödel, que con *“sus teoremas establecen límites para las matemáticas y para el conocimiento científico en general”*.⁴⁰

Ahora bien si consideramos que el derecho es ciencia entonces no podemos estar al margen de las aportaciones de Kuhn, de Popper, de Heisenberg y Gödel, al campo de la ciencia y tenemos que reconocer que el derecho no es tan

³⁹ Suárez y López Guazo, Laura Luz, “Epistemología, conocimiento ideología y papel social del conocimiento científico”, en Bouzas, Ortiz, Alfonso (coord.) *Epistemología y Derecho*, México, UNAM, 2007, p. 59. Visible en <http://ru.iiec.unam.mx/1426/1/EPISTEMOLOG%C3%8DA%20Y%20DERECHO.pdf> , (3 de julio 2013; 18:43 horas).

⁴⁰ Careaga, Alejandro Alfredo, “El teorema de Gödel”, *Hipercuadernos de Divulgación Científica*, México, UNAM, 2002. Anteriormente visible en, <http://www.dgdc.unam.mx/Hipercuadernos/Godel/Intro3.html> (2 de febrero 2012: 15:00 horas).

Nota: al revisar dicha página web advierto que dicho sitio esta desactualizado, sin embargo dicho artículo se puede descargar en <http://es.scribd.com/doc/131848822/Careaga-El-teorema-de-Godel.3>, (3 de julio 2013; 19:26 horas).

lineal como creíamos. De la misma manera, tendríamos que reconocer que existen límites e indeterminación en el mismo sistema jurídico que alguna vez creíamos completo⁴¹ y, que la formación y experiencia del observador (o del juez), también influye en el proceso.

Respecto del derecho como ciencia Imer B. Flores observa que existe una confusión respecto del término toda vez que la palabra “derecho” se utiliza - erróneamente- *“para designar tanto a la ciencia o disciplina científica como al objeto de estudio de la misma”,*⁴² y estima que el “derecho” es el *“objeto de estudio de una disciplina que estimamos científica a la que llamamos ‘ciencia jurídica’ o ‘ciencia del derecho’... cabe recordar que en Roma no existía tal confusión, porque la palabra iurisprudencia servía para designar a ciencia del derecho o ciencia jurídica y el vocablo ius para el derecho como objeto de estudio de dicha ciencia”.*⁴³

En otro orden de ideas Karl Popper señaló que *“la evolución de la ciencia depende de un mecanismo similar al que operan los seres vivos de acuerdo con los planteamientos de Darwin, según el filósofo citado, las teorías con mayor poder explicativo se mantengan un tiempo, no porque sean verdaderas, sino por estar adaptadas al estado del conocimiento contemporáneo”.*⁴⁴

Es importante destacar que *“las teorías no surgen de los hechos observados, sino que son construcciones mentales que se van adecuando al*

⁴¹ Cfr. Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 300, en referencia a Kelsen y al positivismo jurídico.

⁴² Flores, Imer B. “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho” en autores varios, *LA CIENCIA DEL DERECHO DURANTE EL SIGLO XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 1005.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Suárez y López Guazo, Laura Luz, op. cit., nota 39, p. 60.

estado del conocimiento en el momento en que se presentan”,⁴⁵ las teorías científicas son mortales, y en ello estriba su condición de científicidad.⁴⁶ De la misma forma podemos hacer construcciones mentales del derecho y de la relación que guardan respecto del hecho, del valor y de la norma, de estas relaciones podemos establecer diferentes modelos explicativos del derecho. La ciencia (en general) al igual que el derecho y sus definiciones, son una construcción mental, en el mismo orden de ideas la objetividad y la verdad no dejan de ser construcciones mentales.⁴⁷

En el mismo orden de ideas Enrique Cáceres Nieto señala que las teorías jurídicas son realidades hermenéuticas y advierte que *“todo cuanto pensamos o decimos, aún cuando pretendemos pensar o hablar con objetividad no es sino una manifestación de estados mentales privados”*.⁴⁸

Los átomos, electrones, etcétera, no existen realmente: los marcos de referencia constituidos por los llamados objetos científicos son parte de una maquinaria conceptual que nos permite extraer conclusiones sobre lo observable de premisas que también versen sobre esto; y tales marcos no son traducibles al marco de los hechos observables, porque la propia idea de que se refiere a algo es una extensión ilegítima a los términos teóricos de unas distancias semánticas que son apropiadas para el lenguaje de los hechos observables.

...

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Cfr. Suárez y López Guazo, Laura Luz, op. cit., nota 39, p. 60.

⁴⁷ Nietzsche, Friedrich, Sobre verdad y mentira en sentido extramoral, visible en, www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf, 19/01/2014, 19:12 horas.

⁴⁸ Cáceres Nieto, Enrique “Las ‘teorías jurídicas’ como realidades hermenéuticas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 103, Enero - Abril 2002, Nueva Serie Año XXXV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p.p. 27-62, visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/103/art/art2.htm> , (17/03/2014: 16:30).

Con respecto a los "descubrimientos teóricos" en el derecho sostengo que quien "descubre" algo (como podría ser la estructura piramidal del orden jurídico) "¡no encuentra nada!" las teorías jurídicas novedosas (paradigmas o prospectos de paradigmas) no son otra cosa que una organización mental personal que en principio es autosatisfactoria, pero que, al darse a conocer públicamente tiene el poder persuasivo suficiente como para programar mentes ajenas que a su vez programen a otras y así hasta convertirse en un pensamiento común que hay que entender para pensar homogéneamente y participar en ciertos contextos comunicacionales jurídicos.⁴⁹

Entonces, ¿qué es lo que hace una teoría ser científica, si no es su relación con verdad? *"Una teoría es científica cuando acepta que su falsedad puede ser demostrada en cualquier momento",⁵⁰* el avance científico es consecuencia de la eliminación de errores y no del incremento de la verdad.

1.3.2.- El positivismo y el positivismo jurídico.

Conceptualmente se le otorgó el carácter de científico al derecho desde que se estableció un paradigma positivista, el positivismo es un *"sistema filosófico que admite únicamente el sistema experimental",⁵¹* el positivismo sostiene que el único conocimiento válido y verdadero es aquel que se obtiene objetiva y empíricamente.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Suárez y López Guazo, Laura Luz, citando a Popper, op. cit., nota 39, p. 61.

⁵¹ Salustiano, Del Campo (Director del Diccionario), *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*, España, Planeta-Agostini, 1988, t. III, p.1724.

El positivismo impregno a todas las ciencias de su contenido, el derecho y las ciencias sociales no fueron ajenas a estos cambios. El positivismo sostiene que el único conocimiento verdadero y, objetivo es el conocimiento científico, este se logra desvinculando los valores e ideologías del científico.

El positivismo en la ciencia normativa,⁵² busco dotar de objetividad al derecho y lo desvinculó de elementos externos y metafísicos y, excluyó a la filosofía, la moral y la política de su campo de estudio. Kelsen construye una teoría general del derecho y, establece que éste es axiológicamente neutral; el derecho se limita a explicar el derecho positivo vigente sin valorarlo. El positivismo jurídico es distinto al positivismo de las otras ciencias toda vez que el derecho se concibió como un fenómeno estrictamente normativo, por ello su criterio de validez es la auto referencia fundada en una norma y no la empiria.

Existen diferentes formas de entender el positivismo jurídico, no podemos entender esta noción desde una sola perspectiva toda vez que esta noción se desarrolló y evolucionó a lo largo del tiempo. Atienza nos indica que el positivismo jurídico puede identificarse con el formalismo aunque sería un error afirmar que el formalismo y el positivismo son sinónimos, toda vez que se puede ser positivista sin ser formalista y viceversa. Para comprender el formalismo dentro del positivismo jurídico debemos comprender a este último no como una teoría sino como un hecho histórico *“el formalismo jurídico vendría a ser, simplemente una ‘desviación’ del positivismo o, quizás más exactamente, la acentuación de uno de sus componentes más básicos”*.⁵³ Del contexto histórico en relación con el positivismo se concibieron tres formas distintas de formalismo, estas son: *“el formalismo conceptual, que reduce el Derecho a un sistema de conceptos, a ‘formas’ que no darían cuenta de la singularidad histórica, de los contenidos, de*

⁵² Kelsen estableció que el Derecho era una ciencia normativa y no una ciencia social.

⁵³ Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p 289.

cada Derecho; el formalismo legal, que identifica el Derecho con la ley general y abstracta de origen estatal; y el formalismo jurisprudencial, que limitó el estudio del Derecho, del common law, a unos pocos casos judiciales”,⁵⁴ a partir de estos casos judiciales se pueden establecer los principios y doctrinas que conforman verdaderamente el derecho.

En cuanto al formalismo jurisprudencial sus características son: a) que el derecho es un sistema completo y coherente; b) sólo los legisladores pueden crear derecho y no los tribunales; c) el derecho tiene un carácter estático; d) el derecho válido, consiste en reglas generales; e) el derecho, en tanto más general y más abstracto, es más perfecto; f) los conceptos jurídicos tienen una lógica interna, por lo que se puede deducir de ellos soluciones sin recurrir a elementos extrajurídicos como los valores o consideraciones de índole moral; g) las decisiones judiciales pueden justificarse deductivamente con esquema de silogismo bajo la subsunción, -premisa mayor, la premisa menor y, de los elementos anteriores podemos establecer una conclusión. La conclusión la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicable al caso concreto-; h) no hay discrecionalidad por parte del intérprete, éste sólo describe el significado objetivo de una norma o la voluntad subjetiva de su autor; i) la certeza y predictibilidad como máximos ideales jurídicos.⁵⁵

El positivismo jurídico no se agota en el formalismo, además de éste existe una concepción normativista del positivismo. El normativismo es la teoría más desarrollada y difundida del derecho durante el siglo XX. Atienza indica que existen muchos tipos de normativismo, sin embargo es posible reducirlos a dos modelos básicos, estos son: el normativismo formalista de Kelsen y el normativismo analítico (o positivismo analítico) de Hart.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Cfr. Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p 290.

En cuanto al primer modelo, el normativismo formalista, Atienza nos explica que Kelsen es el mayor jurista del siglo XX y, que su obra “La teoría pura del derecho” presenta rasgos en común con el formalismo jurídico tradicional. El normativismo formalista comparte con el formalismo jurídico la idea de que el sistema jurídico es completo, carente de lagunas, y establece la importancia de construir un sistema de conceptos, sin embargo difiere del formalismo en cuanto a la manera de comprender la interpretación y la aplicación del derecho.

Kelsen establece que el componente fundamental del derecho son las normas coactivas (la coacción), las normas no pertenecen al mundo del ser, sino al del deber ser, el derecho no establece como alguien se comporta sino que establece como alguien debe comportarse. Esta fórmula coactiva se puede resumir en la siguiente estructura condicional: *“si es A, entonces debe ser B, donde B significa la sanción y A el acto ilícito”*.⁵⁶

“La coacción juega un papel fundamental en esta concepción, pues si la normatividad es el género al que pertenece el Derecho, la coactividad es su diferencia específica con respecto a otros órdenes normativos, como el de la moral. Pero además, el Derecho aparece como una organización de la fuerza”.⁵⁷

Para Kelsen los únicos valores que pueden considerarse internos al derecho son de carácter formal y, son el orden, la seguridad colectiva y la paz. En jurista mencionado separa el derecho como fenómeno normativo, de la moral y de

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 300.

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 301.

la política, *“Kelsen no pretende que el Derecho sea puro, ajeno a la sociedad y al poder político, lo que ha de ser puro es su conocimiento, la ciencia del Derecho”*.⁵⁸

Lo que dota de objetividad a las normas de un sistema jurídico es su validez. A diferencia de otros sistemas normativos como el de la moral...el Derecho... es un sistema dinámico que regula su propia creación: una determinada norma es válida si ha sido creada en conformidad con los procedimientos establecidos en otra norma de grado superior, lo que nos lleva hasta una última norma cuya validez no puede derivarse ya de otra superior: la norma fundamental.⁵⁹

Kelsen construye una teoría general del derecho y, establece una dogmática jurídica: 1) normativa, esto es que describe normas y lo hace normativamente (distingue entre las normas y los enunciados normativos que configuran la ciencia jurídica); 2) axiológicamente neutral ya que se limita a explicar el derecho positivo sin valorarlo; y 3) autónoma respecto a otras ciencias sociales -la ciencia política o la ética-. En cuanto a la interpretación, distingue entre la interpretación auténtica (aquella realizada por los órganos aplacadores) y, la interpretación del científico del derecho (que es puramente cognoscitiva) y, reconoce el papel creador del derecho por parte de los jueces.

Como se puede apreciar, este modelo es una teoría, (o construcción mental), que conciben al derecho desde un sólo nivel. El normativismo formalista considera que el derecho sólo está conformado por un conjunto de reglas

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 302.

⁵⁹ *Ídem*.

coactivas y, niega la existencia de otros elementos como la moral, la política y la filosofía.

En cuanto al normativismo analítico (o positivismo analítico) de Hart, Atienza señala que, *“puede considerarse como una superación del normativismo formalista de Kelsen... la importancia que Hart atribuye a lo que llama ‘normas secundarias’ está conectada con la defensa del valor de autonomía (las que confieren poderes privados) y con el principio de legalidad (las que confieren poderes públicos)”*,⁶⁰ de lo anterior se desprende que no todas las normas jurídicas son coactivas.

Hart elabora una teoría del derecho puntualizando que su teoría es una sociología descriptiva, ya que trata de describir la manera en cómo los juristas y la gente en general utiliza el lenguaje del derecho. Para ello recurre a los instrumentos elaborados por la filosofía analítica, esta como método no sólo permite analizar el significado de las expresiones sino que también permite comprender mejor el funcionamiento de las instituciones sociales y en particular del derecho. En su obra, “El concepto de derecho”, Hart busca mostrar que el derecho no puede verse como un conjunto de mandatos respaldados por amenazas coactivas, ya que existen normas secundarias que no tienen una sanción.⁶¹

Hart sostiene la separación entre el derecho y la moral sin embargo no sustenta que las normas jurídico puedan tener cualquier contenido, *“en su opinión... se puede establecer racionalmente unos mínimos contenidos de justicia.*

⁶⁰ *Ibíd*em, p. 304.

⁶¹ *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p 304.

*La norma tiene carácter jurídico, no por razones morales, sino porque el propio ordenamiento jurídico le otorga validez jurídica”.*⁶²

En cuanto a la interpretación, Hart asume una posición intermedia entre la teoría formal y la escéptica, y establece que hay casos fáciles en los que los jueces se limitan a declarar un significado ya existente (esto es la teoría formal); y casos oscuros en los que términos del lenguaje no son claros, esto se debe a que el lenguaje tiene una textura abierta, los términos del lenguaje pueden tener más de un significado, en estos casos el juez necesariamente ejercer su discrecionalidad, (esto es la teoría escéptica).⁶³ La discrecionalidad no implica la arbitrariedad ya que el juez está obligado a fundar su determinación en una norma.⁶⁴

Ahora bien, es importante destacar que Dworkin abre fuego en contra del positivismo analítico de Hart y crítica la descripción de Hart respecto de los casos difíciles. A consideración de Dworkin, la teoría de Hart no explica cómo razonan los jueces frente a los casos difíciles, mientras que Hart ve el problema en una sola dimensión en la que sólo se involucran a las reglas, Dworkin indica que los jueces al resolver los casos difíciles siguen parámetros totalmente distintos que no funcionan como reglas, sino que para resolver estos casos difíciles los jueces apelan a los principios.⁶⁵ Los principios son exigencias de carácter moral⁶⁶ y éstos

⁶² *Ibidem*, pp. 305 y 306.

⁶³ *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 1. p. 306.

⁶⁴ Flores, Imer B., “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres, Enrique, et al (Coordinadores), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 181-182.

⁶⁵ *Cfr.* Saldaña, Javier, “Reglas y principios. A propósito del origen y contenido de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*” en Cáceres, Enrique, et al (Coordinadores), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 629-630.

⁶⁶ *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 84.

son las razones que subyacen y son la razón de ser de la norma, para encontrar estas razones tenemos que forzosamente valorar al derecho.

De lo anunciado anteriormente podemos afirmar que el positivismo jurídico ya no tiene el suficiente poder explicativo para seguir vigente, esto se debe a que la reforma a la constitución en materia de DH transforma la manera en que concebimos al derecho ya que esta reforma incorpora exigencias de carácter moral en nuestro ordenamiento normativo. La arraigada tradición positivista, el formalismo procesal, que aún impera en nuestro país y, la forma rigorista de aplicar la norma ya no se adapta al estado del conocimiento contemporáneo. Esto se debe a que *“los derechos humanos no pueden entenderse en términos estrictamente normativos”,*⁶⁷ toda vez que *“la expresión ‘derechos humanos’ tiene un carácter reivindicativo: expresa una crítica al derecho positivo porque no contiene un derecho que debería contener”.*⁶⁸ De lo anteriormente desarrollado considero que el derecho es un modelo que evoluciona constantemente y, su evolución depende en buena medida de la circunstancia histórica en la que vivamos (por ello no podemos descartar la importancia del hecho en el Derecho, ni tampoco podemos olvidarnos del valor o de la norma).

Después de hacer un recuento de la concepción tradicional de la ciencia, del positivismo jurídico y de los principios de Dworkin, llego a la conclusión de que el derecho es tecné, es ciencia y arte a la vez. El derecho busca la armonía constante entre el hecho, el valor y la norma, sin querer sobreponer uno a costa del otro. En cuanto al concepto de DH considero que estos son las razones para la acción (o razones para actuar), tendientes a proteger la libertad del ser humano. Estas razones las podemos encontrar en una norma o las podemos inferir cuando analizamos el sistema normativo en su integralidad.

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 225.

⁶⁸ *Ibíd*em, p. 222.

1.4.- La crítica de Luis Recasens Siches a la lógica tradicional.

En párrafos anteriores se indicó que el modelo positivista aplica el derecho como si este fuera un silogismo. El silogismo es una forma de pensamiento deductivo que consta de tres elementos; dos proposiciones y una conclusión. La conclusión es una inferencia necesaria entre las dos proposiciones vinculadas entre sí por un término medio.⁶⁹ Así pues el silogismo consta de dos juicios: a) Premisa Mayor; b) Premisa Menor y la comparación entre las dos premisas de las que se infiere un nuevo juicio; c) la conclusión (cuyo punto de enlace es el término medio, este es el término que repite en las dos premisas pero que no repite en la conclusión). El ejemplo clásico es el siguiente:

Todos los hombres son mortales. (Premisa Mayor).

Sócrates es un hombre. (Premisa Menor)

(Luego entonces...) Sócrates es mortal. (Conclusión). (El término medio es la palabra “hombre”).

Esta fórmula también es utilizada en el Derecho, siendo la premisa mayor la regla (o norma) general y abstracta, la premisa menor corresponde al hecho fáctico (es decir, el hecho en la vida real) y, la conclusión sería la actualización de la hipótesis normativa a un caso concreto. Por lo que si la norma dispone que: “al prive de la vida a otro se le sancionara con diez años de prisión”, y si Juan mato a Pedro, luego entonces Juan tiene que permanecer diez años en la prisión. La estructura del silogismo sería la siguiente:

⁶⁹ Sobre silogismos y su estructura recomiendo consultar los libros de, Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la lógica*, editorial Esfinge, y M. Copi, Irving y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, editorial Limusa.

Al que prive de la vida a otro se le sancionará con una pena de diez años.
(Premisa Mayor)

Juan privó de la vida a Pedro. (Premisa Menor)

(Luego entonces...) A Juan se le sancionará con una pena de diez años de prisión (Conclusión). (Siendo el término medio privar de la vida a otro).

Esta fórmula “*si es A, entonces debe ser B, donde B significa la sanción y A el acto ilícito*”,⁷⁰ se aplica cotidianamente en el campo del derecho, el modelo positivista considera al como juez un instrumento inanimado que aplica lo dispuesto en el precepto legal de forma automática y, sin razonar el derecho. Sin embargo la aplicación automática de esta fórmula y, de la lógica formal nos puede inducir a soluciones disparatadas. Desde 1959 Luis Recasens Siches, en su obra “*Tratado general de filosofía del derecho*” advirtió que la lógica tradicional (la lógica formal) puede ofrecer soluciones racionales⁷¹ a los problemas jurídicos, sin embargo estas soluciones no siempre son razonables⁷² por ello advierte del “*fracaso de lo racional y la necesidad de lo razonable en la interpretación del Derecho*”.⁷³ El fracaso de lo racional y la necesidad de lo razonable es una crítica abierta al positivismo jurídico y al formalismo lógico que utilizamos para resolver los problemas jurídicos. El silogismo y la lógica formal pueden ofrecernos soluciones racionales a ciertos tipos de problemas, sin embargo existen otros tipos de casos en los que el silogismo y la lógica formal no ofrecen soluciones razonables en la interpretación del derecho. Esto se debe a que:

⁷⁰ Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 300.

⁷¹ Lo racional se refiere a una estructura lógica del pensamiento entre premisas verdades respaldadas a su vez por otro grupo de premisas verdaderas.

⁷² Lo razonable se refiere a la prudencia o a la sensatez y, esto se refiere que aunque la conclusión se haya obtenido de dos premisas verdaderas, esto no implica que dicho resultado sea sensato para la vida práctica.

⁷³ Recasens Siches, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 17a ed., México, Porrúa, 2003, p. 645.

... la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin... ahora empezamos a otear un campo de la razón, diferente del campo de lo racional, a saber: empezamos a vislumbrar el campo de lo razonable como otro de los sectores de la razón.⁷⁴

Para dar sustento a su argumento anterior Luis Recasens Siches narró la siguiente anécdota:

Radbruch –tomándolo, creo que, de Petrasyski- relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar... la idea.... En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: ‘Se prohíbe el paso al andén con perros’. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento.⁷⁵

⁷⁴Ibídem, p. 646.

⁷⁵ Ibídem, p. 645.

El jurista en mención indica que si aplicamos la lógica tradicional en el caso anteriormente referido⁷⁶ tendríamos que darle la razón al dueño del oso y señala con ironía que “*con las obras de Aristóteles, de Bacon, de Stuart Mill, de Sigwart, o incluso con las de Husserl en la mano, no se hallaría manera de convertir a uno oso en un perro, y tendríamos que dar la razón al porfiado campesino que quería pasar al andén con el oso*”.⁷⁷ El ejemplo anterior sirve para hacernos reflexionar sobre los problemas de interpretación jurídica, ya que existen ciertos casos en los que la lógica tradicional no sirve e incluso puede dar soluciones incompatibles para la vida práctica, esto sucede cuando aplicamos el derecho a rajatabla sin valorar el sentido (o la razón de ser) de la norma. Es un grave error descuidar el aspecto práctico del derecho en nombre de la ciencia, de las teorías y las definiciones abstractas.⁷⁸ Luis Recasens Siches no habla propiamente de los principios pero se pregunta: “*¿cuáles son las razones que inducen a formular esta conclusión?*”,⁷⁹ ¿cuál es la valoración de la norma?, ¿qué sentido tiene la norma?, ¿cuáles son las razones?, ¿por qué? Considero que Luis Recasens Siches y Dworkin son compatibles en varios aspectos.

A través de estas preguntas el jurista en mención busca darle sentido al significado de la norma. Luis Recasens Siches analiza las circunstancias específicas y, las propiedades relevantes de caso con el objeto de llegar a una interpretación razonable en el campo del derecho y, critica la forma mecánica de aplicar el derecho como si se tratara de un silogismo. Al día de hoy es común encontrar a jueces que aplican el derecho a rajatabla como si se tratara de un silogismo, sin analizar las circunstancias reales del caso.

⁷⁶ Aunque dicho ejemplo pudiera parecer ajeno a la realidad, en el capítulo 4 se analizara un caso real, –el arresto a una señora mayor, de más de 80 años de edad–, esto tiene el propósito de mostrar que sí se aplica el derecho a rajatabla como si se tratara de un silogismo, sin razonar las consecuencias.

⁷⁷ Recasens Siches, Luis, op. cit., nota 73, p. 645.

⁷⁸ Tenemos que recordar que para el positivismo jurídico; el Derecho en tanto más general y más abstracto, es más perfecto.

⁷⁹ Recasens Siches, Luis, op. cit., nota 73, p. 646.

1.5.- Paradigma constitucionalista.

Explicar este paradigma resulta una tarea complicada, toda vez que esta concepción del derecho aún está en construcción. Manuel Atienza señala que podemos encontrar una serie de coincidencias y tendencias comunes en diversos autores como Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino y, Luigi Ferrajoli.⁸⁰ A pesar de estas coincidencias en común no se puede sostener que esto se trate de un movimiento coordinado, sin embargo parece existir cierta orientación sobre elementos específicos que integran las nuevas teorías del derecho (tenemos que recordar que un paradigma está conformado por una serie de creencias, teorías e instrumentos que le dan uniformidad y coherencia a la investigación científica).

Manuel Atienza señala que estos elementos en común son entre otros: 1) el reconocimiento de los principios como un elemento necesario, (además de las reglas), para entender la estructura y funcionamiento del sistema jurídico; 2) considera a las reglas y a los principios no desde una estructura lógico-formal sino a partir del razonamiento práctico; 3) observa al derecho como una realidad dinámica; 4) reevalúa la importancia de interpretación, esta deja de ser vista como un resultado para transformarse en un proceso racional y conformador del derecho; 5) busca debilitar la distinción (o acortar la brecha), entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo,⁸¹ reivindica el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho; 6) reconoce que existe una relación (necesaria) entre el derecho y la moral; 7) pone énfasis en la argumentación jurídica y en la necesidad de justificar racionalmente las decisiones judiciales,⁸² la argumentación es un

⁸⁰ Cfr. Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 321.

⁸¹ La única forma de acortar esta brecha es mediante la argumentación, por ello la argumentación tiene un papel central en el paradigma constitucionalista y, también en la reforma constitucional en materia de DH.

⁸² En el capítulo tercero justifico la importancia de una buena argumentación y, critico la argumentación en el modelo positivista.

elemento indispensable en cualquier sociedad democrática que busque someter el poder a la razón y no la razón al poder.⁸³

El paradigma constitucionalista ofrece varios elementos novedosos que son útiles para comprender el verdadero alcance de la reforma constitucional en materia de DH. Ahora bien aunque se objete la existencia de este paradigma no podemos descartar la utilidad de varios de los elementos que se mencionaron en el párrafo anterior en relación con la reforma. Entre estos elementos destaco: el reconocimiento de la existencia de los principios (estos son exigencias de carácter moral), en nuestro ordenamiento normativo; la función prescriptiva del lenguaje; y la importancia de la argumentación.

1.5.1.- Ponderación.

La ponderación al igual que el silogismo es una herramienta aplicativa que refuerza una concepción específica del derecho, sin embargo mientras que la ponderación pertenece a un sistema que además de las reglas reconoce la existencia de los principios dentro del ordenamiento normativo, el silogismo concibe al derecho única y exclusivamente como un conjunto de reglas (sin que reconozca la existencia de los principios o la existencia de una relación ente la moral y el derecho).

La ponderación es una herramienta⁸⁴ que tiene por objeto aplicar de forma práctica los principios jurídicos. Ahora bien el silogismo no es útil para aplicar de

⁸³ Cfr. Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, pp. 321-322.

⁸⁴ Es importante recordar que un paradigma está conformado por una serie de creencias, teorías e instrumentos que le dan uniformidad y coherencia a la investigación científica.

forma práctica los principios toda vez que a diferencia de las reglas, los principios no tienen una condición de aplicación, por lo tanto la subsunción sólo opera para las reglas y, la ponderación sólo aplica para los principios. Los principios jurídicos tienen la estructura de mandatos de optimización, lo anterior implica que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.⁸⁵ La ponderación está compuesta por tres elementos: a) la ley de la ponderación; b) la fórmula de peso; y c) las cargas de la argumentación [esta última se emplea sólo en caso de un empate entre los elementos a) y, b)].

a) La ley de la ponderación señala que, cuanto mayor es el grado de afectación de un principio, mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro principio. Esto quiere decir que tenemos que fijar el grado de afectación de un principio para después determinar la importancia del grado de satisfacción del otro principio y, establecer si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro.

b) La fórmula de peso, consiste en la contraposición de los principios mediante una fórmula para determinar la mejor solución posible.

La fórmula de peso tiene tres elementos: a) peso específico; b) peso abstracto; y c) la seguridad de las premisas fácticas.

Esta fórmula tiene la siguiente estructura:

⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, número 26, 2003, pp. 225 a 238, visible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm> ,(18/04/ 2012 14:30 horas).

$$\text{GPI}_{jC} = \frac{\text{IPiC} * \text{GPiA} * \text{SPiC}}{\text{WPjC} * \text{GPjA} * \text{SPjC}}^{86}$$

El peso específico se refiere a la contraposición (o colisión) entre dos principios, el peso abstracto se refiere al elemento valorativo de la sociedad, es decir que considera los valores predominantes en una sociedad determinada. El peso abstracto y el peso específico son graduables y, se les dan los siguientes valores numéricos; leve 2^0 (es decir, dos a la cero potencia), o sea 1; medio 2^1 (dos a la uno), es decir 2; e intenso 2^2 (dos a la dos), o sea 4. En cuanto a la seguridad de las premisa fácticas se refiere al grado de certeza de que un resultado pueda ocurrir y depende del grado de certeza se les atribuyen los siguientes valores numéricos, seguro 2^0 , o sea 1; plausible 2^{-1} , es decir 1/2; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, 1/4.

⁸⁶ Es decir R= Peso específico (de p 1) * Peso abstracto (de p 1) * Premisas fácticas

Peso específico (de p 2) * Peso abstracto (de p 2) * Premisas fácticas

Capítulo 2

Una vez señalado el problema desde una perspectiva teórica, toca el turno de analizar los nuevos elementos que la reforma constitucional en materia de DH integra en nuestro sistema jurídico nacional. Considero que estos nuevos elementos que se añaden en nuestro ordenamiento jurídico nacional son, la incorporación e integración de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁸⁷ y, los tratados internacionales en materia de DH a través del principio pro homine. Estos nuevos elementos modifican las bases de nuestro sistema jurídico nacional, toda vez estos elementos impactan en: las fuentes del derecho, la forma en que integramos e interpretamos el derecho y, la forma en que resolvemos los conflictos entre normas. Por ello la CIDH y, los tratados internacionales en materia de DH son piezas fundamentales para entender los cambios dentro de nuestro sistema jurídico.

En este capítulo pretendo justificar la importancia de estos nuevos elementos a la luz de la reforma constitucional toda vez que si comprendemos su relevancia, nos daremos cuenta que se requieren nuevas formas de aplicar e interpretar el derecho. Lo anterior toda vez que las formas tradicionales que el positivismo jurídico utiliza para resolver los conflictos entre normas (norma posterior deroga a norma anterior, norma especial deroga a norma general, norma superior deroga a norma inferior), no sirven para resolver problemas derivados de la integración de los tratados internacionales en materia de DH y las normas constitucionales. Al existir una integración entre los tratados internacionales en materia de DH y, las normas constitucionales no podemos argumentar ni sostener que: una norma es posterior a otra o, que una norma se debe aplicar sobre otra porque la ley es especial y un tratado es general o, que tenemos que priorizar la

⁸⁷ El sistema interamericano de Derechos Humanos, corresponde a la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de sus organismos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Constitución sobre un tratado internacional porque la Carta Magna es la norma superior. No se trata de establecer a una jerarquía entre normas sino que prevalece la norma más extensiva y garantista (o la norma menos lesiva).

Por ello creo indispensable realizar algunos señalamientos respecto a la CIDH y de sus criterios, la jurisprudencia de la CIDH es de vital trascendencia para la reforma constitucional.

2.1.- El carácter especial de los derechos Humanos.

Los tratados internacionales en materia de DH, son distintos al resto de los tratados internacionales (como tratados en materia de comercio por ejemplo), estos se debe como consecuencia de su contenido y de su naturaleza. Mientras que el común de los tratados internacionales establecen una serie de derechos y obligaciones recíprocos con los demás Estados, los tratados internacionales en materia de DH, tiene el fin de proteger a la persona frente al poder estatal. Las violaciones a un tratado internacional en materia de comercio afectan a un Estado que suscribió dicho convenio, mientras que una violación a un tratado internacional en materia de DH, afecta a una persona física. Una afectación hacia los DH implica un problema eminentemente doméstico. No es lo mismo que un Estado afecte a otro, a que un Estado afecte a un gobernado.

Muchas veces ocurre que los gobernados se encuentran ante violaciones u omisiones articuladas y planteadas deliberadamente desde el poder. El cumplimiento de los DH, implica el respeto irrestricto hacia la persona, los DH implican pues la protección del gobernado frente al poder del Estado. Por ello no son válidos los discursos políticos que critican a los DH bajo los pretextos de una

afectación a la soberanía nacional. Los tratados internacionales en materia de DH debe considerarse como integradores y complementarios al ordenamiento jurídico interno, la función integradora tiene con propósito otorgar la protección más amplia a la persona.

En referencia con la protección más amplia a la persona, Manuel Becerra Ramírez señala que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en el amparo 1475/98 que:

...puede darse en caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho... es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades a los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales.⁸⁸

En el mismo sentido Becerra Ramírez citando a Fix-Zamudio relata que *“los derechos establecidos por dicha Convención Americana que no contradigan y, por contrario, complementen los establecido por nuestra carta fundamental, pueden ser protegidos por medio del juicio de Amparo, mas toda vía no existe conciencia de esta posibilidad”*.⁸⁹ Hoy más que nunca tenemos que comprender

⁸⁸ Becerra Ramírez, Manuel, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 328.

⁸⁹ Ídem.

que las disposiciones internacionales en materia de DH, complementan y robustecen nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Los tratados internacionales en materia de DH no vulneran la soberanía nacional, sin embargo si se vulneran un DH entonces se perjudica al ciudadano. Cuando un Estado cuestiona la legitimidad de los DH, éste no puede discutir una afectación a la soberanía nacional toda vez que lo único que se deteriora con la afectación de los DH son los derechos de los gobernados. Por ello es necesario que la ciudadanía conozca la importancia de estos derechos y que no los vea como un simple texto normativo o como un simple discurso político plasmado en papel que no tienen una aplicación práctica. Los gobernados tienen que comprender que estos mecanismos son una herramienta útil que fomenta y protege la vida democracia nacional y, que ampara nuestros derechos fundamentales “...*el problema de la violación de los derechos humanos es un problema esencialmente nacional, no internacional*”.⁹⁰

Por estas razones expuestas, considero que no es aplicable el artículo 9 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992, en relación con cuestiones relacionadas con los DH, toda vez que la aplicación de este artículo, contraviene en propósito y fin de dichos derechos, dicho artículo dispone:

Artículo 9o.- El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a

⁹⁰ Becerra Ramírez, Manuel, “Introducción. Veinticinco años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un vida fructífera y un futuro prometedor”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. IX.

que se refiere el artículo 8o. cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.⁹¹

El artículo 8 establece lo siguiente:

Artículo 8o.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;

II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y

III.- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.⁹²

⁹¹ Ley sobre la celebración de tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de enero de 1992, visible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>, (5 de julio de 2013; 14:00 horas).

⁹² Ídem.

El problema con el artículo 9 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, es que se puede confundir la seguridad del Estado con la seguridad del gobierno, mientras que la primera afecta a los elementos que integran al Estado, la segunda afecta a quienes representan al Estado, lo peligroso de este artículo es que es el gobierno quien decide si reconoce o no una resolución internacional y, como se mencionó anteriormente los DH buscan limitar el poder del Estado. Por ello considero que no pueden pretextarse cuestiones relativas a la seguridad nacional en menoscabo de los DH. De la misma forma considero que el artículo 29 de nuestra constitución tiene elementos mínimos que aseguran la protección de nuestros DH ante casos en que procedan la suspensión de derechos y garantías. De no aceptarse este planteamiento se justifica que el Estado tiene una licencia temporal para violar sistemáticamente nuestros derechos más básicos. Ahora bien, también es importante recordar que debido a la adopción de nuevos criterios que envuelven al artículo 1 Constitucional, también tenemos que considerar el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en relación con los casos que impliquen la suspensión de derechos y garantías en nuestro país.

Dicho artículo dispone:

Suspensión de garantías, interpretación y aplicación

Artículo 27. Suspensión de Garantías:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta

Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos),⁹³ ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.⁹⁴

⁹³ Nota, este catálogo también se incluye en el artículo 29 constitucional.

⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José), visible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, (5 de julio de 2013, 14:08 horas).

2.2.-La importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos.

La CIDH, es un órgano de vital importancia para la defensa de los Derechos Humanos en el continente americano. La Corte es un órgano judicial autónomo que forma parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA). México reconoció la competencia de la CIDH desde 1998 y, desde ese entonces nuestro país estaba obligado a cumplir con una diversos compromisos en relación con la CIDH. No obstante lo anterior fue hasta la reforma constitucional de junio de 2011 cuando se tomó en serio el papel de la CIDH en relación con nuestro sistema normativo nacional.

Aclarado lo anterior, podemos indicar que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son órganos fundamentales en el sistema de protección regional de los DH. La Comisión tiene la función de *"promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia"*.⁹⁵ Por su parte la CIDH, *"es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."*⁹⁶

Jorge Ulises Carmona Tinoco señala que la CIDH cumple con tres funciones de gran importancia:

⁹⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 106 visible en, http://www.oas.org/dil/es/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm, (5 de julio de 2013, 14:20 horas).

⁹⁶ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1, visible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos11.htm> , (5 de julio de 2013, 14:30 horas).

a) Atender las consultas de los Estados y, de distintos órganos de la OEA, vía jurisdicción consultiva, esto tiene el propósito de realizar una interpretación respecto de diversos instrumentos internacionales y en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos.

b) Dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia.

c) Resolver litigios derivados de las violaciones a los DH, (vía jurisdicción contenciosa), en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de los diversos instrumentos internacionales del sistema americano de DH, que le sean sometidos por la comisión o por los Estados de la OEA.⁹⁷

De lo anterior se resume pues que la Corte tiene una jurisdicción contenciosa y, una jurisdicción consultiva, así mismo puede dictar resoluciones que involucren medidas provisionales.

Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que: *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”*.⁹⁸

⁹⁷ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Evolución y perspectivas de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 6.

⁹⁸ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1, visible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos11.htm>, (5 de julio de 2013, 14:30 horas).

La Corte ha desarrollado un número considerable de criterios y jurisprudencias dentro de sus resoluciones (tanto contenciosas, consultivas y medidas cautelares). Manuel Becerra Ramírez señala que la importancia de la Corte radica en que:

...han creado una jurisprudencia significativa sobre diferentes temas, en la que se pueden destacar criterios en derecho sustantivo: detención preventiva, presunción de inocencia y prisión provisional; torturas, penas o tratados crueles, inhumanos y degradantes; desaparición forzada de personas; principio de tipicidad de las leyes garantías judiciales; derecho de recurrir ante un juez o tribunal superior; derecho a la vida; suspensión de derechos y los estados de excepción, violación de derechos de los niños, libertad sindical; libertad de expresión, derecho de propiedad; derecho a un recurso judicial rápido y efectivo; independencia e imparcialidad del juez; medidas provisionales; como adjetivo: agotamiento de los recursos; ampliación del concepto de víctima, declaración de competencia; declaración de invalidez de un proceso; declaratoria de inefectividad de leyes de amnistía, ampliación de la protección de presuntas víctimas a través de medidas provisionales; pruebas y reparaciones.⁹⁹

Becerra Ramírez nos da un buen resumen de la amplitud de los temas desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH. El listado anterior no es restrictivo, podríamos agregar más temas a la lista, como por ejemplo el principio pro persona y, los derechos de los migrantes, entre otros tópicos. Los operadores jurídicos en nuestro país están obligados a tomar en consideración toda esta “nueva” jurisprudencia a la luz de la reforma constitucional en materia de DH. Los

⁹⁹ Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., nota 90, p. XXII.

jueces tienen que aplicar la jurisprudencia de la CIDH de la misma forma en que aplican la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales nacionales.¹⁰⁰

La adopción de los criterios de la CIDH no busca suplantar o desplazar a la jurisprudencia nacional, por el contrario este reconocimiento busca complementar y robustecer nuestro ordenamiento jurídico nacional. Esto quiere decir que la jurisprudencia de la CIDH optimiza nuestro marco jurídico nacional y esto tiene el noble propósito de proteger uno de los mecanismos más seguros y “*preciosos de que pueda disponer un ser humano*”.¹⁰¹

La CIDH al igual que el resto de organismos internacionales que protegen a los DH, se caracterizan por ser “*subsidiarios y complementarios de los organismos internos de protección de derechos humanos, ya que en estos... recae la tutela primordial y básica de tales derechos*”.¹⁰²

A más de catorce años de la aceptación de la competencia de la Corte (esta aceptación se dio en 1998), hemos avanzado hacia el reconocimiento de los DH, sin embargo el camino para hacer efectivos nuestros derechos fundamentales es todavía incierto.

¹⁰⁰ Mediante sesión de 3 de septiembre de 2013, la SCJN estableció en la Contradicción de tesis 293/2011, “*la obligación de los juzgadores de aplicar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera vinculatoria aunque nuestro país no haya sido parte del proceso del que deriva la jurisprudencia interamericana*”, ver nota 20.

¹⁰¹ García Ramírez, Sergio, “Actualidad y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. XXXV.

¹⁰² Fix Zamudio, Héctor, “Perspectivas y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. LXXIII.

El camino hacia el reconocimiento requirió de mucho esfuerzo, dicha senda inicio con una etapa histórica de innumerables pretextos y discursos vacíos por parte de nuestro gobierno, en los que argumentaba que *“no debe de ratificar compromisos que no haya hecho lo propio Estados Unidos... porque se arriesgaría a presiones de este poderoso país”*,¹⁰³ hasta una etapa de tolerancia y reconocimiento de los DH, que culminaría con la reforma constitucional.

En un principio el discurso oficial de gobierno mexicano estaba encaminado a controvertir los DH, el gobierno so pretexto cuestiones de soberanía nacional no aceptó inicialmente la competencia de la Corte. Considero que nuestro país veía con desconfianza a la CIDH debido al historial de gobiernos represivos que violaba constantemente los DH, recordemos por ejemplo los incidentes del 68 o la guerra sucia en donde el gobierno actuó al margen de la estructura institucional y utilizó a grupos paramilitares para reprimir estos movimientos.

El reconocimiento de la competencia de CIDH no siempre se vió con buenos ojos, sin embargo nadie puede objetar al día de hoy la importancia de la Corte y su relevancia para la defensa de los DH a nivel regional así como de su valor para nuestro sistema normativo interno.

No debemos olvidar que si un Estado no cumple las disposiciones en materia de DH, puede ser cómodo para un gobierno pero desastroso para el pueblo. Una vez reconocidos los DH, en nuestro ordenamiento jurídico interno, la siguiente lucha será para que su aplicación y acatamiento sean reales, al día de hoy nuestro país ha suscrito un amplio catálogo de tratados internacionales en

¹⁰³ Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., nota 88, p. 319.

materia de DH, sin embargo las autoridades siguen sin respetar nuestros derechos más elementales.¹⁰⁴

*“La aceptación de la competencia de la Corte, en 1998, aparte de terminar con una omisión que mantenía al país a la zaga en el cumplimiento de los derechos humanos, tiene gran impacto en el sistema de protección de derechos humanos en nuestro país; es una situación de gran trascendencia jurídica, ya que toca indudablemente a la democratización del país”.*¹⁰⁵

Desde la aceptación de la competencia de la CIDH, los abogados y jueces tenían la posibilidad de fundamentar sus demandas y sentencias en las resoluciones y, en la jurisprudencia de la Corte¹⁰⁶ sin embargo no existía una conciencia de citar u obedecer estos criterios.

*“A partir del inicio de vigencia de un tratado internacional de derechos humanos, surgen para los Estados diversos deberes: a) respetar, b) proteger; c) garantizar y; d) satisfacer, en especial en este caso los derechos económicos, sociales y culturales”.*¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ejemplo de lo anterior es el caso de la familia Alvarado que fueron secuestrados por elementos del ejército en el año 2009. Periódico La Jornada, <http://www.jornada.unam.mx/2013/08/12/politica/007n2pol>, (12/08/2013 14:00 horas) y, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, Medidas Provisionales Respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Asunto Alvarado Reyes y otros, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/alvarado_se_01.pdf, (19/08/2013 11:25 horas).

¹⁰⁵ Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., nota 88, p.318.

¹⁰⁶ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., nota 88, p. 329.

¹⁰⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, op. cit., nota 97, p. 2.

Lo anterior implica que una vez suscrito un tratado internacional, el Estado se obliga a realizar una serie de cambios en su legislación interna. Estos cambios implican diversas modificaciones en diferentes textos normativos tanto a nivel federal como a nivel estatal; de la misma forma estos cambios implican ajustar diversos criterios judiciales para estar en consonancia con los convenios internacionales suscritos. El reconocimiento de la competencia de la CIDH, implica reconocer que los fallos de dicho órgano tienen efectos vinculantes para nuestro país esto quiere decir que el gobierno está obligado a acatar dichas resoluciones a nivel interno (siempre y cuando nuestro país sea parte de la controversia).

Como se puede apreciar de lo anterior, no sólo se trata de cumplir con lo establecido por los artículos 89, fracción X y 76, fracción I, de nuestra constitución en referencia a la celebra y ratificación de tratados internacionales. La suscripción de un tratado internacional también implica una negociación política compleja para realizar los cambios pertinentes a la legislación federal y de los Estados integrantes de la Federación. Lo anterior requiere de cuantiosos recursos económicos y, tiempo para capacitar a funcionarios públicos e instrumentar los medios necesarios para que las reformas nos sean letra muerta y tengan una aplicación real y efectiva.

Una vez celebrado un tratado internacional este se debe de cumplir de buena fe. A pesar de que México acepto la competencia de la CIDH en 1998, a pesar de “Ley sobre la celebración de tratados” de 1992 y del artículo 133 constitucional, la realidad mostró que los operadores jurídicos eran renuentes para aplicar los criterios de la CIDH.

Considero que la mayoría de los operadores jurídicos no aplicaban estos criterios por dos razones, a) se sentían incómodos y lo veían las resoluciones (y la jurisprudencia) de la Corte como un elemento externo al derecho nacional. Sergio García Ramírez recuerda en relación con su ingreso a la CIDH que *“para un nuevo juez parecía muy remota la posibilidad de que los tribunales constitucionales o las cortes supremas que veían a distancia a la Corte Internacional, tomaran la jurisprudencia de ésta, la insertaran en la suya propia y guiaran sus decisiones por los criterios establecidos por ella”*.¹⁰⁸ Y b) considero que también existe un elemento estructural que se relaciona con la formación y con la estructura del aparato burocrático jurisdiccional. En cuanto a la formación de los juzgadores (jueces, magistrados y ministros), podemos señalar que estos tienen una formación eminentemente positivista, este paradigma considera que la ley sólo se aplica de manera mecánica sin que se pueda valorar el contenido de la norma. En cuanto a la estructura del aparato burocrático judicial, podemos señalar que es un órgano gubernamental jerarquizado verticalmente, en donde el inferior jerárquico tiene que acatar irrestrictamente lo señalado por su superior. Por lo que no obstante de la aceptación la jurisdicción de la CIDH en 1998, si nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación no se pronunciaba al respecto de la aplicación de los tratados internacionales en materia de DH y, de la jurisprudencia de la CIDH, entonces los órganos jerárquicamente inferiores difícilmente iban a tomar en consideración los criterios de la CIDH, por falta de una ley reglamentaria adecuada.

Bajo la estructura positivista, los jueces sólo aplican la norma sin que puedan razonar y comprender el verdadero sentido de las instituciones jurídicas. Este formalismo jurídico lo podemos observar en el caso de Jorge G. Castañeda en donde era pertinente preguntarse qué era más importante; si seguir la letra exacta de la ley (y de la jurisprudencia) dejando a Jorge G. Castañeda en estado

¹⁰⁸ García Ramírez Sergio, op. cit., nota 101, p. XXXV.

de indefensión¹⁰⁹ o, respetar su derecho de petición mediante una resolución de fondo que se pronunciara respecto de su solicitud (con independencia de lo dispuesto por el sistema jurídico y de la jurisprudencia que en el caso concreto no permitía a Castañeda ejercer recurso legal alguno). Este caso llegó a la CIDH, en donde la Corte estableció que se le respetara su derecho de petición.

Mariano Azuela Güitrón señala en la presentación la monografía de “La Primera Sentencia de Amparo” que sería difícil *“para el hombre actual, para el jurista y el abogado, el hombre de leyes y el juez, comprender la naturaleza de las instituciones jurídicas si no se remonta a sus orígenes o si desdeñara el estudio de los complejos procesos evolutivos que éstas experimentan a lo largo de los años”*.¹¹⁰

Mariano Azuela Güitrón señala que *“sin historia difícilmente se comprende la razón de ser de una institución, esto es, su logos inmanente o, propiamente dicho, su naturaleza...si las instituciones jurídicas se estudian sin atender el factor histórico, se cae fácilmente en abstracciones alejadas de la realidad y del cambio que supone todo decurso temporal”*.¹¹¹ El Ministro considera que el problema con el positivismo jurídico radical del siglo XIX, así como el formalismo alemán (que establecía una jurisprudencia de conceptos), es que plantean al derecho como un término ideal sin referencias reales, sin embargo *“la razón de ser de las instituciones jurídicas es dar respuesta reales a las necesidades, tal cual se presentan en el aquí y el ahora”*.¹¹²

¹⁰⁹ Este criterio fue el que prevaleció.

¹¹⁰ Arizpe Narro, Enrique, *La primera Sentencia de Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p.10.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 11.

¹¹² *Ibidem*, p. 12.

El caso de Castañeda contrasta fuertemente con el origen y la argumentación de la primera sentencia de amparo (del trece de agosto de 1849). El problema que existía en aquel entonces es que a pesar de la existencia de la figura jurídica del amparo no existía una ley secundaria que señalara como aplicar dicha figura y bajo qué términos. Ante esta cuestión la primera sentencia de amparo señaló, *“que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser un obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron”*.¹¹³

Lo que se le escapa al positivismo es que no se trata de aplicar la ley por el simple hecho de aplicarla. La función esencial de nuestras instituciones jurídicas es resolver problemas reales que afecta a gente real con base en elementos normativos de un ordenamiento vigente. Muchas veces se puede aplicar una ley de forma textual sin resolver el problema que dio sustento a dicha controversia. En el caso de Castañeda se cayó en el absurdo legalista de aplicar la ley y la jurisprudencia de forma textual, de esta forma se dejó en estado de indefensión al gobernado y se violó su derecho de petición.

Con lo expuesto anteriormente quiero señalar que los DH tratan de razonar y de comprender al derecho como si se tratara de conjunto (hecho, valor y norma). El positivismo jurídico y en especial formalismo procesal son incompatibles con la reforma a la constitución en materia de DH porque son reduccionistas. El positivismo jurídico ve al derecho única y exclusivamente como

¹¹³ Ibidem, pp. 45-46.

Nota: Antes de esta sentencia todos los amparos habían sido desechados por la falta de una ley secundaria.

un conjunto de normas cuya aplicación es mecánica sin que se pueda razonar el motivo de ser de las instituciones jurídicas.

Esta reforma no tiene elementos novedosos, antes de la reforma a la constitución ya estaban configurados todos los elementos normativos para aplicar el contenido del artículo primero constitucional. Lo único que tiene de novedoso la reforma es que obliga de forma expresa (ya no hay forma de evadir), a operadores jurídicos a aplicar el derecho en consonancia con: los tratados internacionales en materia de DH y, los criterios de la CIDH desarrollados en su jurisprudencia. Es decir que lo novedoso de esta reforma es que obliga a los jueces aplicar un derecho que ya estaba vigente desde 1998.

Al día de hoy la SCJN reconoce la importancia de los tratados internacionales en materia de DH y, de los criterios de la CIDH. Esto lo podemos apreciar en la tesis aislada con el número de registro 160482 (véase anexo 1), de rubro: *“Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio”*. En dicha tesis aislada la SCJN reconoce que no está por encima de la CIDH, dicha tesis establece en los puntos que interesan que:

...la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. ... Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por

aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano. ...¹¹⁴

2.3.- La importancia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el párrafo anterior se señaló el reconocimiento que da SCJN a la CIDH, sin embargo tenemos que comprender que no sólo se trata de dar importancia a la jurisdicción contenciosa. La SCJN ha desarrollado diversas tesis aisladas en las que establece la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH (siempre y cuando México sea parte del litigio), si el Estado mexicano no forma parte del litigio, los criterios establecidos en las sentencias de la CIDH sólo tienen el carácter de orientadores¹¹⁵.

Lo anterior pareciera ser obvio puesto que una sentencia que no va dirigida a nuestro país, no puede ser obligatoria para los órganos del Estado. Sin embargo en problema con lo anterior deriva en que para comprender a los DH, tenemos que analizar el sistema en su integridad, este sistema se integra entre otros (elementos) de: tratados internacionales, declaraciones, sentencias y opiniones consultivas. Por lo que para comprender un tratado internacional o un concepto, no basta con analizar un tratado o una sentencia de la CIDH,¹¹⁶ sino que se tiene que estudiar e integrar todo un sistema con independencia si la sentencia tiene efectos vinculantes u orientadores. En relación con lo

¹¹⁴ Tesis P.LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, libro III, diciembre de 2011, p. 556. Anexo I

¹¹⁵ Este criterio ha sido superado, ver páginas 12 y 13, notas 21 y 22.

¹¹⁶ No basta con analizar una sentencia puesto que el derecho evoluciona y, los criterios pueden cambiar a lo largo del tiempo.

anteriormente desarrollado la opinión consultiva 16/99, en la parte que interesa establece que:

113.... al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia, [...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...].¹¹⁷ Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

...

115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).¹¹⁸

Por esta razón consideró que la jurisdicción consultiva es más interesante que la jurisdicción contenciosa ya que en estas opiniones podemos encontrar criterios muy valiosos sobre cuál es el estado real de una cosa o de un término.

¹¹⁷ En referencia a la asistencia consular.

¹¹⁸ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", visible en, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, (27 de abril de 2013; 15:00 horas).

Las opiniones consultivas también son útiles para entender a qué se refiere la progresividad de los DH.¹¹⁹

Por ello es importante analizar las opiniones consultivas emitidas por la CIDH, no obstante a que las opiniones consultivas no son vinculantes tienen una trascendencia especial para entender el espíritu de la reforma. Estas opiniones son relevantes toda vez que nos dan una mayor comprensión de los problemas que rodean a una situación particular que es novedosa o que no resulta del todo clara a la luz del material jurídico disponible en una época determinada. Las opiniones consultivas nos dan un antecedente claro y conciso que muchas veces es fundamental para la integración de todo un sistema.

Los casos contenciosos sólo obligan a las partes involucradas en el litigio y, la trascendencia del fallo es limitada a la configuración de los elementos del caso. En los casos contenciosos se saben de antemano muchos elementos que configuran el caso concreto como por ejemplo: quiénes son las partes involucradas, la jurisdicción, los tratados internacionales violados, las normas, etcétera. Sin embargo en las opiniones consultivas muchas veces ocurre que los elementos de la controversia no están configurados en su totalidad o que aunque existan ciertos elementos pre establecidos, como lo es la existencia de una norma aplicable al caso concreto por ejemplo, estos elementos no son suficientes para interpretar el alcance y el contenido del material jurídico en un contexto histórico determinado.

Estas opiniones no tiene carácter vinculante y, esta es la principal diferencia entre las opiniones consultivas y los casos contenciosos. Ante tal

¹¹⁹ Como es el caso de la opinión consultiva, OC 16/99 (en relación con la asistencia consular).

aseveración, cabe preguntarse, ¿por qué son importantes estas opiniones, si no tienen un carácter obligatorio?

Para justificar la importancia de las opiniones consultivas explicaré el problema y la trascendencia de la opinión consultiva incoada ante la Corte Internacional de Justicia el 11 de abril de 1949. En esta opinión consultiva se planteó el problema sobre si la Organización de las Naciones Unidas (ONU) tenía la capacidad de entablar una reclamación internacional en el caso de que un Estado miembro de la ONU incurriera en una responsabilidad de Estado en relación con el daño sufrido por los agentes de la ONU en cumplimiento de sus deberes. El fondo del asunto consistía en determinar si la ONU era o no un sujeto de derecho internacional. Al día de hoy con todos los conocimientos que hemos acumulado a lo largo del tiempo nos es fácil establecer que la ONU sí puede entablar una reclamación internacional, pero tenemos que recordar que en un inicio sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional. Lo que se planteó en ese tiempo y en esta opinión consultiva fue: si la ONU era sujeto de derecho internacional y, si derivado de este reconocimiento a su personalidad jurídica, la ONU podía entablar una reclamación internacional en contra de sus miembros. Al día de hoy sería difícil entender el derecho internacional sin un sujeto tan importante como la ONU, sin embargo en 1949 esto no era obvio. Esta resolución fue trascendente para todo el sistema internacional, ya que se reconoció que no sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional. Considero que esta opinión consultiva es más importante que cualquier otro caso contencioso posterior, en relación con la reparación de daños a ONU en relación con los daños sufridos por sus agentes en cumplimiento de sus deberes.

Por otra parte, la opinión consultiva 16/99¹²⁰ que nuestro país solicitó ante la CIDH tiene una importancia fundamental para comprender la importancia de estos mecanismos en relación con la reforma a la constitución en materia de DH. Antes del famoso Caso Avena, incoado ante la Corte Internacional de Justicia (órgano de la ONU), nuestro país planteó una opinión consultiva ante la CIDH (órgano de la OEA). Dicha controversia se planteó los siguientes términos:¹²¹ “1. *En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena [sobre Relaciones Consulares], en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?*”.¹²² Dicha convención se suscribió a favor de los Estados con el propósito de que el cuerpo diplomático de un Estado gozara de las garantías suficientes para poder realizar sus funciones en el país receptor. Dicha convención fue suscrita sin que tuviera relación alguna con los DH y, fuera pensada con la finalidad de otorgar derechos a los Estados, y no a los particulares. Sin embargo, la corte determinó que:

84. Por lo tanto, la Corte concluye que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor....

...

117. En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. ... Es así

¹²⁰ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, visible en, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, (27 de abril de 2013; 15:00 horas).

¹²¹ Se plantearon más preguntas, sin embargo considero que esta pregunta resume las pretensiones del gobierno mexicano.

¹²² Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, visible en, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, (27 de abril de 2013; 15:00 horas).

como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

...

124. En otros términos, el derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

....

141. Por las razones expuestas,

LA CORTE, DECIDE

...

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

por unanimidad,

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.¹²³

Para entender la progresividad y la expansión de los DH, tenemos que comprender la importancia de las opiniones consultivas, ya que gracias a estas entendemos las razones fundamentales que dan sustento a todo un sistema. A través de las opiniones consultivas comprendemos al derecho y a los DH.

Si entendemos la importancia de las opiniones consultivas en relación con la reforma constitucional en materia de DH, entonces podremos valernos de mejores herramientas para entender, aplicar y argumentar el derecho, de lo contrario sólo señalaremos que las opiniones consultivas únicamente tiene un carácter orientador sin preocuparnos por entender la relevancia de dichas opiniones consultivas para la configuración de todo un sistema.

Miguel Rábago Dorbecker señala que las opiniones consultivas son “*un instrumento esencial en la protección de los derechos humanos en el continente americano. Se puede decir que no se puede realizar una interpretación correcta de la Convención Americana sin las opiniones consultivas derivadas de la Corte IDH*”.¹²⁴

Las opiniones consultivas tienen una importancia significativa para la reforma constitucional en materia de DH, toda vez que estas desarrollan diversos

¹²³ Ibídem, párrafos 84, 117, 124 y 141.

¹²⁴ Rábago Dorbecker, Miguel, “El avance de los Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 223-224.

conceptos en consonancia con el sistema Interamericano de DH. Lo anterior es indispensable para entender los alcances y los límites de muchos conceptos.

La CIDH puede emitir opiniones consultivas con fundamento en el artículo 64 del Pacto de San José de la Convención Americana, dicho artículo establece en la parte que interesa que: “1. *Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos...*”¹²⁵

De la redacción del artículo anterior pudiera parecer que única y exclusivamente se puede consultar a la CIDH sobre tratados concernientes a la protección de los DH. Sin embargo la práctica ha demostrado que la interpretación de ese artículo es extensiva. Puede ocurrir el caso de que la Corte considere que un tratado internacional que inicialmente no tuvo la intención de tratar cuestiones relativas a DH, sí tenga disposiciones relativas a DH. Ejemplo de lo anterior es el artículo 36 la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares que se analizó anteriormente.

El artículo 64 del Pacto de San José de la Convención Americana, otorga la facultad para solicitar estas opiniones a todos los Estados de la OEA y, a diversos órganos integrantes de dicha organización.

Los Estados que no hayan aceptado la jurisdicción de la Corte pueden tener acceso a estos procedimientos consultivos. Lo anterior es importante toda

¹²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José), visible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, (5 de julio de 2013, 14:08 horas).

vez que puede darse el caso de que un Estado que no haya aceptado la jurisdicción de la Corte quiera hacerlo en un futuro pero desconoce si existe compatibilidad entre sus leyes nacionales y los tratados internacionales en materia de DH¹²⁶ (por lo que puede someter su problema ante la Corte sin temor a una sanción). Las opiniones consultivas pueden servir para armonizar la legislación nacional de aquellos países que quieran en un futuro aceptar la jurisdicción de la Corte.

Las Opiniones Consultivas son la *“interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”*,¹²⁷ en el procedimiento consultivo la Corte emite opiniones sobre el significado de ciertas disposiciones y, establece los límites y contenidos de ciertos términos, sin que esto implique condenar o exigir una conducta específica de algún Estado miembro de la OEA.

Esta cuestión se planteó en la OC-3/83, en dicha opinión consultiva la CIDH se pronunció sobre un incidente que implicaba a Guatemala y a la pena de muerte. En este caso consultivo Guatemala alegó que la Corte no era competente para conocer dicho asunto, toda vez que el Gobierno de Guatemala nunca había reconocido la competencia de la CIDH, por tanto ésta debía de abstenerse de conocer el caso. Ante dicho argumento la Corte consideró que:

22. Ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay

¹²⁶ Cfr. Rábago Dorbecker, Miguel, op. cit., nota 124, p. 239.

¹²⁷ Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 convención americana sobre derechos humanos)”, visible en http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf , párrafo 22, (18 de abril 2013: 14:00 horas).

demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.¹²⁸

En el procedimiento consultivo la Corte sólo emite opiniones sobre la interpretación de una norma jurídica sin que sus opiniones tengan un efecto vinculante.¹²⁹

Ahora bien en el contexto de la OC-3/83 pudiera parecer que sí existen partes ya que en dicha opinión consultiva podemos observar que CIDH se refiere específicamente a Guatemala, al respecto la Corte señaló que:

24... desde luego, que el interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una opinión consultiva. Por ejemplo, una opinión consultiva puede debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia actual o futura. No obstante, los intereses legítimos de un Estado en el resultado de una opinión consultiva están adecuadamente protegidos por la oportunidad que se le da en el

¹²⁸ *Ibíd*em, párrafo 22.

¹²⁹ *Cf.* Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 convención americana sobre derechos humanos)", visible en http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf , párrafo 32, (18 de abril 2013: 14:00 horas).

Reglamento de participar plenamente en estos procedimientos y de hacerle saber a la Corte sus puntos de vista sobre las normas legales que van a ser interpretadas así como cualquier objeción de pudiere tener (artículo 52 del Reglamento).¹³⁰

Aunque un Estado puede ser afectado en cierta medida debido a una interpretación dada en una opinión consultiva no se le deja en estado de indefensión toda vez que en el procedimiento consultivo no se determinan obligaciones concretas a los Estados ya que en la jurisdicción consultiva no hay partes. Sin embargo dichas opiniones pueden servir de sustento y de base legal para interpretar una norma en un caso contencioso. Y cuando un Estado sea parte de un caso contencioso puede presentar los medios de defensa que considere adecuados para fundar su pretensión por lo que su derecho a defenderse en juicio queda intacto. Las opiniones consultivas dan pautas o lineamientos generales sobre temas específicos planteados ante la Corte. Estas pautas pueden servir como un instrumento previo para establecer un caso sólido de naturaleza contenciosa.

La facultad consultiva de la CIDH no tiene comparación en el mundo ya que otros sistemas de DH como los son el europeo, el africano y, la Corte Internacional de Justicia¹³¹ restringen el acceso de estos mecanismos a un número muy limitado de órganos. El sistema europeo de DH faculta única y exclusivamente al Comité de Ministros (artículo 47 de la Convención Europea de DH¹³²) y, la Corte Internacional de Justicia faculta sólo a la Asamblea General y al

¹³⁰ *Ibidem*, párrafo 24.

¹³¹ La Corte Internacional de Justicia es un órgano de la ONU, por lo que corresponde a un sistema universal de DH.

¹³² La Convención Europea de DH, también es conocida como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, visible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/conveudh50.html>, (13 de junio de 2013; 00:43 horas).

Consejo de Seguridad para incoar este procedimiento. Nuestro sistema, el sistema americano de DH permite a cualquier Estado de la OEA incoar este mecanismo consultivo. “43. *La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo.... ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana*”.¹³³

El procedimiento consultivo de la CIDH, tiene el propósito de “*ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso*”.¹³⁴ Aparte de los Estados de la OEA existen diversos órganos de dicha organización que pueden incoar este procedimiento, siempre y cuando tengan un interés legítimo para ello.

Los órganos que pueden solicitar opinión consultiva son la Comisión Interamericana, la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejeros, el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados, como la Organización Panamericana de la Salud, el Instituto Interamericano del Niño, la Comisión Interamericana de Mujeres y el Instituto Indigenista Interamericano.¹³⁵

¹³³ *Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 convención americana sobre derechos humanos)”*, visible en, http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf , párrafo 43, (18 de abril 2013: 14:00 horas).

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Rábago Dorbecker, Miguel, op. cit., nota 124, p. 239.

Las opiniones consultivas de la CIDH, además de ser un instrumento para interpretar las disposiciones relativas a los DH en el continente americano, también son un mecanismo efectivo para armonizar la legislación nacional de un Estado del continente americano con las disposiciones relativas a los DH. En la opinión consultiva 4/84, la Corte determinó que los mecanismos consultivos también resultan procedentes para analizar las propuestas o proyectos legislativos nacionales que toda vía no son vigentes. La Corte señaló que lo anterior tiene el propósito de “*ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*”.¹³⁶ La jurisdicción consultiva de la Corte no busca inmiscuirse en los asuntos internos de los países, ni busca establecer obligaciones concretas a los Estados.

De lo expuesto anteriormente llego a la conclusión de que la jurisdicción consultiva de la CIDH cumple con diversas funciones entre las que destacan:

a) Armonizar: Los mecanismos consultivos pueden servir como control previo para determinar compatibilidad entre las normas internas de un Estado del continente americano y la legislación internacional en materia de DH.

b) Fundar: Las opiniones consultivas pueden servir de base para fundamentar un caso contencioso.

c) Integrar: Puede ocurrir que la jurisprudencia de la Corte desarrolle conceptos que sean oscuros en nuestra legislación nacional, por lo que los criterios emanados de la CIDH puede colmar lagunas, piénsese en la definición del principio pro persona por ejemplo.

d) Interpretar: A lo largo de tiempo, la corte ha desarrollada un gran número de interpretación respecto de temas muy variados.

¹³⁶ Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica: “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, visible en, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf, párrafo 30, (5 de julio de 2013; 14:40).

e) Optimizar: A lo largo de su historia la CIDH ha perfeccionado la aplicación e interpretación de los DH. Ejemplo de lo anterior es cuando la Corte interpretó el contenido del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹³⁷ y, determinó que dicho numeral sí contiene disposiciones relativas a los DH.

f) Orientar: La jurisprudencia de la Corte establece lineamientos y criterios en cuanto al cumplimiento de los DH.

Para concluir el presente capítulo quisiera señalar que la reforma constitucional de junio de 2011 no es novedosa en cuanto a su contenido, ya que de una interpretación integral de nuestro sistema jurídico podríamos haber llegado a la conclusión de que nuestro país estaba obligado a cumplir y adoptar los criterios de la CIDH desde 1998. Sin embargo la práctica demostró que nuestros jueces no adoptaron los criterios y la jurisprudencia de la CIDH, (aun y cuando nuestro país había reconocido la competencia de la CIDH en 1998). Lo novedoso de esta reforma es que establece de forma clara que ya no existen excusas para dejar de aplicar los DH y los criterios de la CIDH. Por último es importante destacar que los tratados internacionales en materia de DH, y los criterios de la CIDH, no buscan reemplazar a nuestro ordenamiento jurídico nacional, por el contrario simplemente complementan y robustecen nuestro sistema normativo.

¹³⁷ Dicho convenio se suscribió en un inicio a favor de los Estados y de sus respectivos cuerpos diplomáticos, sin haber tenido la intención de tratar cuestiones relativas a los DH.

Capítulo 3

En el capítulo anterior se explicaron los nuevos elementos que la reforma a la constitución en materia de DH incorporó al ordenamiento jurídico nacional. Este capítulo tiene el propósito de explicar cómo se incorporan de manera práctica y tangible estos nuevos elementos; y esto sucede gracias a la argumentación.

La argumentación tiene un papel central en la vida de los abogados, cuando alguien señala que un abogado es bueno se refiere a que dicho abogado tiene la facilidad persuadir al juez gracias a la elocuencia e inteligencia de sus argumentos. La argumentación consiste en dar razones para sustentar una conclusión, los elementos que conforman a un argumento son las premisas y la conclusión. Una premisa es una proposición (una proposición es “*una afirmación de que algo es -o no es- el caso; todas las proposiciones son verdaderas o falsas*”)¹³⁸ que da sustento a otra proposición,¹³⁹ mientras que la conclusión es la proposición principal de un argumento y es la relación necesaria entre las proposiciones que le dan soporte a un argumento.

La argumentación tiene un lugar privilegiado en el campo del derecho, Manuel Atienza señala que “*nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad*”.¹⁴⁰ La argumentación es importante porque de ella depende la concretización de un plano abstracto e intangible, como son las leyes, a un mundo práctico, es decir que la

¹³⁸ Copi M., Irving y Cohen, Carl, Aldo, op. cit., nota 24, p. 5.

¹³⁹ Crf. Copi M., Irving y Cohen, Carl, Aldo, op. cit., nota 24. p. 7.

¹⁴⁰ Atienza Manuel, *Las razones del derecho; Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p 1.

argumentación en el campo del derecho es el puente entre las leyes y las situaciones reales en la vida práctica de las personas.

Sin embargo en función de las diferentes visiones, justificaciones y fines del derecho podemos establecer que la argumentación es un campo abierto y que por lo tanto no existe una única forma correcta de argumentar ya que existen muchas técnicas y teorías en relación con la argumentación jurídica. Según la concepción que tengamos del derecho, podemos encontrar diferentes formas de argumentar y de aplicar el derecho,¹⁴¹ y existen parámetros específicos que justifican la estructura de nuestros argumentos.

3.1.- El silogismo jurídico y el modelo principalista,¹⁴² dos esquemas distintos de razonamiento jurídico.

El positivista jurídico se limita a una función descriptiva en donde la argumentación es la relación que existe entre las premisas, que de forma escalonada construye un edificio argumentativo. Esta operación (lógico-formal), es mecánica y lineal y se da a modo de silogismo, en donde se establece una relación necesaria y causal entre una premisa mayor y una premisa menor. Lo anterior es posible debido a que las normas tienen una condición de aplicación, esto quiere decir que las normas tienen la estructura de “si es A entonces B”.

La argumentación en el positivismo jurídico se limita a satisfacer una serie de requisitos formales establecidos en la ley, estos requisitos son la

¹⁴¹ Esto es así porque cuando argumentamos algo buscamos justificar nuestras razones dentro de los parámetros establecidos por el mismo sistema.

¹⁴² Este modelo se refiere a los principios, es decir, el modelo principalista se refiere a un sistema que reconoce la existencia de los principios dentro del sistema normativo.

fundamentación y la motivación. La fundamentación se refiere a que todo acto de autoridad debe estar fundado en un artículo concreto, mientras que la motivación se refiere a las razones que justifican la aplicación de dicho artículo al caso concreto. Esta forma de argumentar el derecho resulta útil en los casos sencillos en donde no se requiere interpretar el sentido de la norma, sin embargo este modelo resulta deficiente en los casos difíciles en donde no es tan sencillo determinar cuál es el artículo aplicable al caso concreto. En estos casos difíciles Hart señala que el juez ejerce su discrecionalidad¹⁴³ para decidir la norma aplicable al caso concreto.

Sin embargo si reconocemos la existencia de los principios en el ordenamiento normativo (y pasamos al campo de lo prescriptivo), el silogismo jurídico no tiene utilidad práctica¹⁴⁴ ya que el juzgador tiene que pronunciarse respecto de los valores que integran el sistema normativo. En el modelo principalista el juez tiene que tomar una postura respecto del derecho y, esta postura no se justifica en una estructura lógica formal sino en la argumentación interpretativa del derecho, en donde el juez tiene que justificar los propósitos y el objeto de la norma. Lo anterior no implica que el juez imponga su moral privada respecto a lo que considera justo ya los principios se obtienen a partir de la norma (los principios son los motivos y la razón de ser de la norma).

Dworkin señala que si analizamos el derecho única y exclusivamente como un conjunto de reglas entonces tenemos que reconocer la existencia de la facultad discrecional del juez para resolver los casos difíciles.¹⁴⁵ Según Dworkin la discrecionalidad rompe con el principio de división de poderes toda vez que se

¹⁴³ La discrecionalidad no implica arbitrariedad ya que el juez está obligado a fundar su acto en una norma.

¹⁴⁴ Los principios no tienen condición de aplicación sino que tienen la estructura de mandatos de optimización.

¹⁴⁵ Cfr. Ruiz Manero, Juan, y Schmill, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 15, visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2400> (30/08/2013 19:17 horas).

permite al juez legislar *ex post facto*.¹⁴⁶ Por el contrario si reconocemos la existencia de los principios dentro del ordenamiento normativo, entonces no existe tal facultad discrecional, ni se violenta el principio de división de poderes ya que el juez se limita a “*confirmar o denegar los derechos que han sido establecidos por los principios*”.¹⁴⁷ Esto quiere decir que la respuesta correcta siempre estuvo configurada dentro del ordenamiento normativo, para Dworkin sólo existe una respuesta correcta configurada dentro del ordenamiento normativo, esto no implica que el juez siempre llegue a la solución acertada, pero esto es consecuencias de los límites fácticos “intelectuales” del propio operador jurídico.

Para justificar la teoría de los principios Dworkin se apoya (entre otros), en el caso de Riggs vs. Palmer; en este caso real se planteó la cuestión sobre si un nieto que mató a su abuelo tenía derecho a heredar de este último. Según la postura positiva a falta de una regla previamente establecida que establezca dicha prohibición o un mandato de gratitud, es legalmente procedente que un homicida herede de su víctima. Sin embargo si se reconoce la existencia de los principios dentro del ordenamiento jurídico, tendríamos que resolver de la misma forma en que lo hizo el Tribunal de apelaciones de Nueva York en 1889; dicho tribunal llegó a la conclusión de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, y por lo tanto el nieto no heredó de su víctima. El caso anterior es un ejemplo del “*fracaso de lo racional y la necesidad de lo razonable en la interpretación del derecho*”¹⁴⁸ tal y como lo había señalado Luis Recasens Siches en obra de Filosofía del Derecho.

De lo anterior se desprende que los modelos teóricos en el campo del derecho tienen consecuencias reales en la aplicación y en la argumentación jurídica.

¹⁴⁶ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, tercera reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 65.

¹⁴⁷ Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 320.

¹⁴⁸ Recasens Siches, Luis, op. cit., nota 73, p. 645.

3.2.- Juan Ruiz Manero y las lagunas del derecho.

Al inicio de este capítulo se señaló que la argumentación consiste en dar razones para demostrar una conclusión (una conclusión es una proposición). Además se señaló que la argumentación es un campo abierto y, que no existe una única forma correcta de argumentación jurídica. También se estableció que en función de la concepción que tengamos del derecho, positivista o un modelo que además de la norma reconoce la existencia de principios dentro del sistema normativo, existen parámetros específicos que justifican la estructura de los argumentos.

En este apartado de la presente investigación considero necesario abordar el problema de las lagunas ya que considero este problema en estrecha relación con la argumentación.¹⁴⁹ Este problema también se resuelve según la concepción que tengamos del derecho.

Respecto de las lagunas, en relación con reglas y de los principios, Juan Ruiz Manero critica la concepción de Bulygin y su modelo clásico, este modelo ve el *“problema de las lagunas [como] una concepción de la dimensión regulativa del derecho que ve a éste exclusivamente como un conjunto de unidades -las diversas reglas jurídicas-, que correlacionan, cada una de ellas, otros tantos casos genéricos con alguna solución normativa”*.¹⁵⁰ Bulygin ve el problema de las lagunas desde un sólo nivel, es decir que concibe el derecho única y exclusivamente como un conjunto de reglas. Para Bulygin el problema de las lagunas es un problema meramente normativo de aplicación silogística, en donde

¹⁴⁹ Para colmar una laguna se tiene que dar razones para justificar cuál es la mejor manera de resolver esa laguna.

¹⁵⁰ Ruiz Manero, Juan, y Schmill, Ulises, op. cit., nota 145, p. 5.

la tarea del juez es determinar si un caso cae o no en la regla, y a falta de una regla general podemos hablar propiamente de una laguna.¹⁵¹ *“De tal modo que, enfrentado a un caso individual, la tarea del jurista se limita a comprobar si el conjunto de propiedades que presenta tal caso individual resulta o no subsumible en el conjunto de propiedades que constituyen el caso genérico correlacionado, en alguna de esas unidades o reglas, con alguna solución normativa”*.¹⁵²

Por lo que existen dos posibilidades que dependen sobre si el caso individual resulta subsumible o no dentro del sistema. Si el caso resulta subsumible no existe problema alguno, sin embargo si el caso no resulta subsumible tenemos que determinar si el caso es relevante o no dentro del sistema jurídico. Sólo aquellos casos que se consideran importantes para el sistema jurídico constituyen propiamente una laguna normativa. Si el caso no presenta propiedades relevantes para el ordenamiento jurídico, este caso se encuentra fuera de los límites del Derecho, es decir que no todos los problemas tienen una importancia jurídica, ejemplo de lo anterior sería una pareja de esposos que quieren ir de vacaciones a lugares distintos.

Bulygin sostiene que *“...el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la de manda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda”*.¹⁵³ Es decir que el juez no tiene una obligación predeterminada toda vez que su única obligación es la de juzgar y esto lo hace al aceptar o al rechazar la demanda, a falta de un derecho preexistente el juez puede tomar cualquiera de estas dos vías.

¹⁵¹ Siempre y cuando el asunto tenga una trascendencia jurídica.

¹⁵² Ruiz Manero, Juan, y Schmill, Ulises, op. cit., nota 145, p. 5.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 7.

Si el caso no se puede subsumir en una regla (de forma mecánica), el juez tiene que elegir discrecionalmente la regla en la que se pueda subsumir el caso. Esta discrecionalidad no implica arbitrariedad, la discrecionalidad se refiere que a falta de una norma que regule un caso jurídicamente relevante, el juez tiene que resolver y fundar su fallo de manera que el estime pertinente. Esto lo hace al subsumir el caso en otra norma que el juez considere adecuada, esto último no implica arbitrariedad toda vez que el juez tiene la obligación de explicar las razones y los motivos que fundan su actuar.

Respecto de las lagunas Bulygin señala que existen:

1) Casos claramente cubiertos por una regla y sólo por esa regla (o por dos o más reglas redundantes). En la que la regla general configura la solución para el caso específico, sin embargo que derivado de las propiedades específicas del caso existen propiedades relevantes que la norma general no consideró para la configuración del caso, siendo estas (lagunas axiológicas), “*tales alegaciones no son sino expresión de un desacuerdo valorativo externo al derecho*”.¹⁵⁴ Como es el caso *Riggs vs. Palmer*, anteriormente explicado.

2) Casos no cubiertos por regla alguna (lagunas normativas) en los que no existe un derecho preexistente y, el juez puede admitir o rechazar la demanda discrecionalmente, cualquier solución es válida siempre y cuando el juez funde su actuar en una regla general.

3) Casos cubiertos por dos reglas incompatibles (antinomias) en los que no se puede resolver el caso a través metarreglas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*. En estos casos el juez también decide discrecionalmente

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 16.

y la solución será jurídicamente válida siempre que el juez funde su actuar en cualquiera de las dos reglas incompatibles.

4) Casos en los que resulta dudoso determinar si resultan o no subsumibles en una regla general, esto se debe debido a la falta de determinación semántica de los términos (lagunas de reconocimiento). En estos casos es correcta cualquier decisión que tome en juez siempre y cuando funde su actuar en una norma.¹⁵⁵

Como se puede apreciar del esquema anterior Bulygin señala que el juez ejerce su discrecionalidad para resolver ciertos tipos de casos. El elemento discrecional, es relevante para determinar las diferencias entre las posturas de Bulygin y Juan Ruiz Manero respecto de las lagunas. Mientras que Bulygin acepta la discrecionalidad del juez para resolver los casos que no tienen un derecho preexistente, Juan Ruiz Manero considera que existe una respuesta correcta y sólo una, por ello sí existe un derecho predeterminado. Para llegar esta única respuesta correcta tenemos que recurrir a los principios.¹⁵⁶ Mientras que Bulygin ve el problema de las lagunas desde un solo nivel, desde *“una concepción de la dimensión regulativa del derecho”*,¹⁵⁷ Juan Ruiz Manero considera el problema desde dos niveles: en las reglas y en los principios.

Juan Ruiz Manero propone *“una imagen de la dimensión regulativa del derecho como una estructura de dos niveles: las reglas y los principios que las justifican (y que constituyen las razones subyacentes de aquéllas). Los principios*

¹⁵⁵ Cfr. Ruiz Manero, Juan, y Schmill, Ulises, op. cit., nota 145, pp. 16-17.

¹⁵⁶ Si aceptamos la existencia de principios dentro del ordenamiento jurídico, tenemos que aceptar la vinculación del derecho y la moral, cuestión impensable bajo el paradigma positivista.

¹⁵⁷ Ruiz Manero, Juan y Schmill, Ulises, op. cit., nota 145, p. 5.

*tienen, ... una estructura distinta de la que... Bulygin presentan como común a todas las normas regulativas y que vendría a ser la propia de las reglas".*¹⁵⁸

Los principios no se obtienen de forma arbitraria, ni están relacionados con la moral privada del juez, sino que estos están configurados y limitados por las reglas (o normas). Los principios son los motivos y las razones que le dan sustento a las reglas. Si consideramos que existen los principios dentro del ordenamiento normativo entonces no pueden existir lagunas dentro del derecho. Esto se debe a que si bien puede que no exista una norma que regule el caso concreto, existen los principios y éstos siempre nos señalan la respuesta correcta para resolver el caso.

Si retomamos el caso del hombre que quería pasar al andén con su oso cuando existía la prohibición expresa de pasar con perros¹⁵⁹ y, replanteamos el caso con diferentes elementos para establecer que: un hombre ciego quería pasar al andén con su perro lazarillo cuando existía la prohibición de pasar con perros,¹⁶⁰ en relación con los planteamientos anteriormente explicados, considero que tenemos cuatro posibles soluciones para resolver el caso. La primera solución sería no admitir la demanda; la segunda solución implica una interpretación positivista (formalista) del Derecho, en donde se le negaría el acceso al andén; la tercera solución sería reconocer que existe una laguna axiológica toda vez que existen propiedades relevantes que la norma general no tomó en cuenta para la configuración del caso, ya que el sujeto en cuestión es ciego y lo estamos discriminado al negarle el paso al andén y; la cuarta opción es analizar el caso conforme a los principios. Considero esta última opción la respuesta más prudente para resolver el caso.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹⁵⁹ Ver en el capítulo 1, pp. 32 a 35.

¹⁶⁰ Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 3, pp. 203 a 205.

Aunque los principios reconocen la relación entre la moral y el derecho, podemos establecerlos (a los principios) de forma objetiva a partir de la norma. Para resolver el caso anterior tenemos que preguntarnos: ¿cuáles son las razones por las que en un primer término se estableció la prohibición de pasar al andén con perros? Dentro de las razones más obvias que justifican dicha prohibición encontramos que la norma tiene como propósito cuidar a las personas de animales peligrosos.¹⁶¹ Ahora bien en el caso del perro lazarillo vemos que éste es un animal entrenado especialmente para que las personas ciegas puedan movilizarse por la ciudad o cualquier otro espacio además, éstos perros entrenados no ocasionan molestia a las demás personas.¹⁶² Mientras que el formalismo niega la existencia de elementos más allá de la norma, los principios valoran el sentido y la razón de ser de la norma. Si resolvemos el caso con base en los principios entonces tenemos que reconocer que le asiste la razón y el derecho al hombre ciego ya que la prohibición se refiere única y exclusivamente a perros que pongan en riesgo a los pasajeros y, el perro lazarillo da seguridad y protección tanto a su dueño como a los demás usuarios. Este es un ejemplo de cómo abstraer y aplicar los principios de manera argumentativa.

Si resolvemos el caso en mención con el esquema plateado por Bulygin tendremos que aceptar que “...*el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda*”,¹⁶³ ya que no existe un derecho preexistente. El juez sólo tiene la obligación de juzgar y los hace de cualquiera de las dos maneras: al condenar al demandado o al rechazar la demanda, el juez resuelve discrecionalmente siempre y cuando argumente y funde el caso en una norma.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ruiz Manero, Juan y Schmill, Ulises, op. cit., nota 145, p. 7.

3.3.- Técnica Judicial.

Lejos del arte a la que se referían los antiguos griegos, al día de hoy la palabra técnica se entiende como un conjunto de pasos o métodos para el perfeccionamiento de cierta industria o profesión. La técnica jurídica se refiere al conjunto de métodos que ayudan al derecho a obtener un resultado jurídico determinado, *“en resumen, la técnica jurídica consiste en la aplicación de los conocimientos a la solución de los problemas prácticos de nuestra disciplina”*.¹⁶⁴ No debemos olvidar el carácter práctico del derecho, de nada sirve una aplicación formalista y rigorista de la norma si no se resuelve el problema que dio origen al litigio.

La técnica legislativa se refiere a la producción de normas generales y, abstractas (y a todos los procesos que involucran lo anterior) y, a la técnica judicial se refiere a los criterios de interpretación e integración y, argumentación así como producción de normas jurídicas particulares y concretas (esto último siempre y cuando no exista una norma aplicable al caso concreto- es decir cuando exista una laguna-).¹⁶⁵ La técnica judicial es importante para aplicar correctamente el derecho, consecuentemente, para dar una mejor interpretación a los DH. Por ello, resulta necesario revisar *“la función judicial y en especial de la técnica jurídica, que comprende entre otras las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación”*.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Flores, Imer B., op. cit., nota 5, p. 8.

¹⁶⁵ Cfr. Flores, Imer B., op. cit., nota 5, p. 9.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

3.3.1.- Interpretación.

Al inicio del presente capítulo se señaló que la argumentación consiste en dar razones y justificaciones para respaldar un argumento (un argumento está compuesto de premisas y una conclusión). Ahora bien la interpretación se refiere a explicar el sentido de una cosa en el derecho la interpretación se refiere a explicar el contenido de una norma o hacer más claro el sentido de una norma jurídica. *“En razón de su alcance la tipificación de la interpretación puede ser: a) declarativa; b) restrictiva; y c) extensiva”*.¹⁶⁷

Mientras la argumentación es una técnica que busca fundamentar una decisión, la interpretación busca explicar el sentido de una norma, siendo el conjunto de normas o reglas jurídicas el material de estudio de la interpretación jurídica. En la interpretación declarativa *“sucede que por lo general el sentido de la norma coincide cabalmente con el texto... al grado que la interpretación se reduce a una declaración e incluso una repetición... de lo que dice la letra de la ley”*.¹⁶⁸ En la interpretación restrictiva (se disminuye o limita) y en la interpretación extensiva (se amplía) el significado de la norma y, esto ocurre cuando *“el significado de la norma no coincida con el texto”*.¹⁶⁹

No existe una única manera correcta de interpretar, a lo largo de la historia se han desarrollado diferentes propuestas en relación con la interpretación jurídica. Dentro de estas propuestas encontramos los siguientes métodos: exegético, el cual postula que se debe de interpretarse conforme la letra exacta de la ley, esta propuesta es rígida e inflexible; histórico, el cual tiene como punto de

¹⁶⁷ Flores, Imer B., op. cit., nota 5, p. 15.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Ídem.

partida la voluntad del legislador, que como representante del pueblo manifiesta el espíritu del pueblo; lógico-sistemático, esta propuesta insiste en ir más allá de la letra exacta de la ley y, de la voluntad del legislador para tomar en consideración el contexto en el que el concepto jurídico es aplicado; analítico, esta propuesta emplea herramientas analíticas (del lenguaje), y examina los conceptos, las definiciones y, las estipulaciones; teleológico, esta propuesta evalúa a la norma respecto de sus fines; sociológico, esta postura ataca al formalismo positivista y, examina los fines, los interés y los valores de la sociedad; científico-libre o crítico, esta propuesta parte de la necesidad de dotar a juez con los márgenes más amplios posibles de libertad para que éste pueda resolver los casos de forma crítica.¹⁷⁰

El paradigma tradicional sustenta que el juez es un simple aplicador automático del derecho, y que sólo en raros casos puede interpretar la norma. Sin embargo la realidad del mundo práctico ha demostrado que la función judicial no es una simple aplicadora del derecho. La visión automática que se tiene de los órganos jurisdiccionales (y sus funcionarios) como seres inanimados al servicio de la norma¹⁷¹ incapaces de apreciar o valorar el derecho resulta insuficiente para el mundo y la sociedad dinámica en la que vivimos.

3.3.2.- Integración.

La integración es parte complementaria de la interpretación jurídica pero a diferencia de la interpretación,¹⁷² en la integración no existe una norma jurídica aplicable al caso concreto –es decir que existe una laguna normativa- o, aunque

¹⁷⁰ Cfr. Flores, Imer B., op. cit., nota 5, p. 12.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁷² En la interpretación se pretende descubrir el sentido o el significado de una norma jurídica.

existe una norma, esta no es aplicable debido a las particularidades del caso.¹⁷³ Por lo que en la integración existen dos supuestos que se determinan en función de: si el caso está o no previsto por la norma.

Imer B. Flores señala que la integración emplea *“el método analógico y la comparación, entre el caso sí previsto y el no previsto, puede hacerse a partir no sólo de las semejanzas –simil ad simile- sino también de sus diferencias –contrario sensu-... la tipología de la integración comprende cuatro clases: a) a la par... b) de más a menos... c) de menos a más... y d) en sentido contrario”*.¹⁷⁴

Así, la integración puede ser a la par cuando hay una completa identidad entre la norma aplicable al caso sí previsto y al del no previsto; de más a menos cuando el caso sí previsto abarca o comprende al no previsto, es decir sí se permite lo más- por minoría de razón-se permite lo menos; de menos a más cuando el caso sí previsto alcanza o contiene al no previsto, esto es si se prohíbe los menos –por mayoría de razón – se prohíbe lo más.¹⁷⁵

En cuanto a la argumentación en relación con la técnica judicial, ésta es parte complementaria de la integración y, de la interpretación y; sirve para exponer los fundamentos en los que se apoyan la integración y la interpretación.

3.4.-Poder blando, una alternativa para la argumentación del Derecho.

¹⁷³ Cfr. Flores, Imer B., op. cit., nota 5, p. 15.

¹⁷⁴ Ibídem, pp. 18 y 19.

¹⁷⁵ Ibídem, p. 19.

Si reconocemos la existencia de los principios dentro del ordenamiento normativo, también es válido preguntarnos qué tipo de derecho y de argumentación queremos. Cuando un juez emite sus sentencias sabe que tiene que motivar y fundamentar sus juicios, es decir que el juez sabe que elementos argumentativos tiene que satisfacer. Sin embargo lo que se le olvida al juez es que la sentencia va dirigida al justiciable y no a su abogado defensor. Por lo que la argumentación debe ser pensada en función del justiciable, para que éste pueda entender el contenido de la sentencia que le afecta sin necesidad de intermediario alguno y; en un tono en que se logre persuadir al gobernado de que dicha sentencia es la mejor forma de preservar la cohesión social y los valores plasmados en la constitución.

3.4.- Poder blando, una alternativa para la argumentación del Derecho

3.4.1.- Poder duro y Poder blando.

Joseph Nye -un politólogo estadounidense- acuñó estos términos para referirse a la geopolítica estadounidense. Según Nye los Estados Unidos de América se ha distinguido por una política exterior caracterizada por el intervencionismo militar y la coacción económica hacia otros Estados; el poder duro implica la fuerza, la coacción y el sometimiento. Nye crítica esta política del garrote y, propone nuevas y, más eficientes formas de dominación mundial caracterizadas por la habilidad que tiene una nación para atraer y persuadir a otro país. Este poder de persuasión se logra gracias a los valores, los ideales, la política y la cultura que formen parte de una nación, ya que estos elementos son esenciales para la prosperidad de un país. El poder blando es una propuesta que busca reafirmar la hegemonía de los Estado Unidos de América, sin embargo esta

postura busca dejar en un segundo plano el intervencionismo militar y la coacción económica, para enfocarse en la superioridad moral de un país.

*“Se trata de una forma indirecta de ejercer el poder donde: ‘Un país puede obtener los resultados que desea porque otros países quieran seguir su estela, admirando sus valores, emulando su ejemplo, aspirando a su nivel de prosperidad y apertura’.*¹⁷⁶ Se trata de una dominación caracterizada por el prestigio moral y cultural que tiene un país, *“el prestigio se convierte en un elemento trascendental para que cada Estado pueda lograr sus objetivos”.*¹⁷⁷

3.4.2.- El poder y el Derecho.

No debemos descartar la teoría del poder blando simplemente porque se refiere a las relaciones internacionales y a los intereses geopolíticos de Estados Unidos de América. Para determinar si esta teoría puede aplicarse en el campo del derecho primero tenemos que preguntarnos si: ¿existe una relación entre el poder y el derecho?, y de admitir esta relación a continuación tenemos que preguntarnos ¿cuál es esta relación y cuál es su naturaleza?

El derecho se relaciona con el poder de múltiples formas, la coacción y la fuerza parecen ser las relaciones más evidentes. Weber señala que el Estado es el titular del monopolio legítimo de la violencia,¹⁷⁸ Kelsen por otra parte establece

¹⁷⁶ Joseph Nye citado por Manuel R. Torres Soriano, “El poder blando: ¿una alternativa a la fuerza militar?”, en *Política y Estrategia*, N° 100, 2005, visible en http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mrtorsor/profesor/1214213043213_el_poder_blando_una_alternativa_a_la_fuerza_militar.pdf, p. 3 (29/08 20:27 horas).

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 4.

¹⁷⁸ Lo anterior no implica que el Estado sea el único que pueda ejercer la violencia de forma legítima ya que una persona física también puede ejercer la violencia con el consentimiento del Estado, piénsese en la auto

que el derecho es conformado por un conjunto de normas coactivas. Si enlazamos las ideas anteriores podemos señalar que: a) la única forma válida mediante la cual el Estado¹⁷⁹ puede emplear el uso de la fuerza es porque una norma lo faculta para ello; y b) una norma está respaldada por el poder coactivo del Estado. El positivismo jurídico y en especial el normativismo formalista de Kelsen establecen una relación indispensable entre la fuerza y el derecho. No obstante lo anterior es importante preguntarse si existe otra relación entre el poder y el derecho que no derive necesariamente en el uso de la fuerza. Manuel Atienza señala que:

Aunque no cabe duda de que existe si Derecho es porque existe la posibilidad (en general) de imponer coactivamente las normas jurídicas...también es cierto que hay un número elevado de individuos que aceptan las normas de manera más o menos espontaneas. Esto último quiere decir que el Derecho no está ligado exclusivamente al poder físico, sino también al poder de las ideas; que no es sólo fuerza, sino también consenso.¹⁸⁰

Manuel Atienza concluye que *“un sistema jurídico es tanto más justo cuanto más contribuye a poner límites al poder como dominación y a aumentar los espacios regidos por el poder del diálogo, de la persuasión racional”*.¹⁸¹ Es en el campo de la persuasión racional en donde podemos establecer un tipo de comunicación incluyente.

tutela o en legítima defensa. El monopolio legítimo de la violencia implica que el Estado es la única fuente legítima del uso de la violencia y sólo el Estado puede autorizar a una persona física para ejercer la violencia. Ejemplo de este consentimiento es el artículo 16 de la Constitución que dispone: “cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito”.

¹⁷⁹ Cuando hago mención del Estado, hago referencia a un Estado democrático y liberal.

¹⁸⁰ Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, pp. 141-142.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.155.

Sin negar el carácter coactivo del derecho, considero necesario buscar nuevas formas de comunicación entre los gobernados y sus instituciones, y establecer formas de comunicación claras y transparentes como el propósito de que los justiciables entiendan las sentencias que les afecten sin necesidad recurrir a intermediarios. De la misma forma, considero necesario persuadir al gobernado de que dicha sentencia es la mejor forma de preservar la cohesión social y los valores plasmados en nuestra constitución.

3.5.- Lenguaje ciudadano,¹⁸² un modelo práctico y entendible de justicia para los gobernados.

El los capítulos anteriores se han hecho diversos señalamientos sobre la teoría, el derecho (en general), y la argumentación sin embargo cabe destacar que los sujetos más importantes de cualquier reforma son los gobernados. Por ello considero necesario buscar nuevas formas de comunicación entre los gobernados y sus instituciones, esto tiene el propósito de que los gobernados entiendan qué es lo que hacen sus instituciones, lo anterior impacta directamente en la democracia y en la transparencia.

La reforma constitucional de junio de 2011 implica un avance en las relaciones entre los gobernados y sus gobernantes,¹⁸³ este progreso requiere compromisos de todos los miembros de la sociedad con el propósito de que se respeten nuestros DH.

¹⁸² Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, anteriormente visible en: <http://innova.fox.presidencia.gob.mx/archivos/9/8/files/archivos/sip-8980.pdf>, (9/11/2012, 18:30 horas).

Nota: la dirección anterior ya no está disponible, ahora sólo es disponible la segunda edición del manual del lenguaje ciudadano y es visible en: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/148/1/images/Manual_lenguaje_ciudadano.pdf, (01/09/2013; 16:30 horas).

¹⁸³ Esto obedece a que con el reconocimiento de los DH en nuestro ordenamiento normativo, se limita aún más el poder del Estado.

El poder judicial tiene un papel protagónico en la reforma ya que en función de cómo entiendan los órganos jurisdiccionales la reforma y a los DH se reflejará en la argumentación de sus sentencias.¹⁸⁴ El poder judicial es el puente entre los gobernados y sus instituciones y en caso de que exista un conflicto entre ellos, el juez es el funcionario imparcial que resuelve los conflictos entre los particulares y la administración pública. Más allá de la construcción de nuevos tribunales y capacitación de los funcionarios para adoptar y aplicar las nuevas figuras jurídicas, la clave del éxito de este tipo de reformas es la comprensión de los propios operadores jurídicos. Sin el apoyo de los jueces ninguna reforma puede tener éxito.

Mientras que el positivismo jurídico se limita al estudio y a la aplicación de la norma y se limita a cumplir con una serie de requisitos formales como la fundamentación y la motivación; un sistema en donde además de la norma se reconoce la existencia de valores morales dentro del ordenamiento normativo nos permite evaluar qué tipo de derecho anhelamos.

Manuel Becerra Ramírez señala que la protección de los DH tiene una *“gran trascendencia jurídica, ya que toca indudablemente a la democratización del país”*,¹⁸⁵ esto se relaciona con el equilibrio que debe existir entre la apertura, la democratización y a la protección de derechos. Los compromisos del poder judicial no sólo se limitan a la protección de derechos sino que además tiene un compromiso con la apertura y con la democratización interna del propio poder judicial.

Señalado lo anterior es pertinente preguntarse, ¿se puede democratizar a los órganos jurisdiccionales? Esta pregunta es confusa, toda vez que la función

¹⁸⁴ Este punto lo analizo en el capítulo 4, en donde se estudian 3 casos reales para demostrar que la concepción que tienen los órganos jurisdiccionales del Derecho sí impacta en la forma de aplicar el Derecho.

¹⁸⁵ Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., nota 88, p. 318.

jurisdiccional no tiene nada que ver con la democracia ya que los funcionarios públicos que conforman al poder judicial ya sea de los Estados o de la Federación, no son nombrados mediante el voto libre, universal y periódico del pueblo. Al contrario se supone que debido a las características particulares de la función jurisdiccional, dichos funcionarios públicos no pueden quedar expuestos a los deseos y a los caprichos de una mayoría, sino que son garantes independientes de un orden previamente establecido.

La reforma a la constitución en materia de DH abre una nueva oportunidad de legitimar la función del juez ante la sociedad, ya que no se trata de justificar sus fallos sólo en la ley y en la jurisprudencia, sino que además el juez tiene que justificar sus fallos en la razón, y exponer sus argumentos de forma clara y sencilla.

No se debe confundir la legalidad con la legitimidad, la legalidad se refiere a satisfacción de ciertos requisitos legales para poder realizar determinadas actuaciones o desempeñar un cargo, mientras que la legitimidad se refiere al uso diario de sus facultades y atribuciones; la legitimidad se gana día a día e implica la aceptación rutinaria de las decisiones oficiales por parte de los gobernados. No es suficiente que una persona cumpla con todos los requisitos legales establecidos en la ley para que éste pueda desempeñar un cargo jurisdiccional, sino que además tiene que preocuparse por la legitimidad.

Esta legitimidad se gana a través del lenguaje, si el justiciable entiende la sentencia que le afecta sin intermediario alguno entonces éste comprende porque el juez hace lo que hace. El justiciable tiene el derecho de comprender la sentencia que le afecta a través de un lenguaje claro y sencillo. A través de un

lenguaje claro y sencillo se puede legitimar democráticamente la función jurisdiccional.

El problema respecto de la democracia, la justicia y el derecho no se agota en el lenguaje, éste es uno de sus elementos pero el problema es mucho más complejo. Imer B. Flores señala que para valorar la democracia y el Estado de derecho es indispensable también valorar el grado de accesibilidad a la justicia, entendida en un doble aspecto sustancial; el derecho sustantivo -que confiere la posibilidad- para acceder a otros derechos sustantivos. El autor en mención señala que el problema con la justicia es que ésta es considerada como un proceso legal formal en lugar de un juicio sustantivo-sustancial doble. Esto último implica tres aspectos: a) el acceso a la justicia, b) acceso a una justicia igual (o con equidad) –entre las partes-, o un igual acceso a la justicia, el acceso a la justicia no implica necesariamente la igualdad en el acceso a la justicia, y c) el acceso a una justicia imparcial o el imparcial acceso a la justicia y el autor en mención señala que no obstante a que las partes puedan tener condiciones similares, dicha situación no implica necesariamente un acceso a la justicia imparcial.¹⁸⁶ El acceso a la justicia tiene diferentes niveles, y el cumplimiento de estos niveles es importante también para legitimar a la función jurisdiccional.

La reforma a la constitución en materia de DH implica un compromiso con el justiciable ya que por ser el destinatario de la norma éste tiene derecho de comprender la norma que le afecta de forma clara y sencilla sin intermediación de un abogado litigante. Más allá de las técnicas de aplicación y tecnicismo del derecho es el justiciable quien tiene derecho a comprender cualquier sentencia y norma que le afectan. No existe justificación alguna para que un ciudadano alfabetizado no pueda comprender las cuestiones administrativas que le afecten.

¹⁸⁶ Flores, Imer B. "Assessing Democracy and Rule of Law: Access to justice", *Proceedings of the 21st IVR World Congress*, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Parte 1: Justicia, Editado por Aleksander Peczenik, Franz Steiner Verlag Stuttgart 2004, p.p. 146-154.

Este método de aplicar el derecho de forma clara, sencilla y transparente es sin duda una forma de democracia ya que no podemos ejercitar nuestros derechos y obligaciones si no los conocemos. Lo anterior no es una aseveración aspiracional ya que el gobierno mexicano adoptó en el año 2004 el lenguaje ciudadano para modernizar y simplificar las comunicaciones gubernamentales. El lenguaje ciudadano se destaca por ser una forma de comunicación que busca la claridad y a sencillez, en la que el gobierno se orienta y se enfoca en el ciudadano, con el propósito de que el gobernado entienda los actos administrativos que le afectan.

El manual del lenguaje ciudadano, señala que el lenguaje ciudadano es necesario porque: *“un ciudadano necesita entender a su gobierno para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones sin complicaciones y sin la ayuda de intermediarios”*.¹⁸⁷ Dicho manual establece que una comunicación clara, sencilla y directa: *“acerca a ciudadanos y gobernantes; mejora la confianza del ciudadano en sus instituciones; simplifica y agiliza la operación de las instituciones; reduce la corrupción y; fomenta la transparencia y la rendición de cuentas”*.¹⁸⁸

El Lenguaje Ciudadano puede aplicarse a: 1) Documentos administrativos; 2) Páginas de internet; 3) Requerimientos; 4) Circulares; 5) Formatos de trámites y servicios; 6) Cuerpos Normativos.

De poco sirve una sentencia que tenga muchos tecnicismos jurídicos si su destinatario no comprende su mensaje, esto llevaría a una incertidumbre técnica de su contenido. Aunque el manual del lenguaje ciudadano no hace referencia

¹⁸⁷ Manual del lenguaje ciudadano, segunda edición, visible en http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/148/1/images/Manual_lenguaje_ciudadano.pdf, (01/09/2013; 16:30 horas), p. 9.

¹⁸⁸ Ídem.

expresa respecto de las sentencias en el ámbito de justicia, considero que no existe pretexto alguno para que un ciudadano que sepa leer y escribir no pueda comprender la sentencia que le afecta.

3.5.1.- Una mirada al manual del lenguaje ciudadano.

Durante el gobierno del presidente Vicente Fox Quesada se introdujo el lenguaje ciudadano, este lenguaje se orienta en el ciudadano y tiene el propósito de que el gobernado entienda sus derechos y obligaciones sin la ayuda de un intermediario, el lenguaje ciudadano transforma el rostro de la administración pública mediante un lenguaje claro y sencillo. Este manual reconoce que *“nuestra forma de gobernar está cambiando. Este cambio nos compromete con la transparencia, la calidad, la eficiencia y el enfoque en el ciudadano. Una nueva forma de gobernar exige nuevas formas de comunicarnos”*.¹⁸⁹

Estas nuevas formas de comunicarnos también repercuten en el campo del derecho, ya que estas nuevas formas de comunicación implican convencer al justiciable y someterlo mediante la razón y la fuerza de la argumentación en lugar de someterlo empleando la fuerza física respaldada bajo el imperio de la ley (en forma de amenazas),¹⁹⁰ *“de haberse sometidos a sí mismos al peso de la evidencia y a la fuerza de la argumentación”*.¹⁹¹ Dicho de otra manera *“la pluma es más poderosa que la espada”*,¹⁹² y aunque dicha frase está fuera de contexto la expresión es clara por sí misma, ya que la pluma es la inteligencia o la razón

¹⁸⁹ Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, op. cit., nota 182.

¹⁹⁰ La coacción siempre será parte importante del derecho, sin embargo es conveniente en primer lugar intentar convencer al gobernado, y esto es posible mediante la fuerza de la argumentación, la inteligencia y la razón.

¹⁹¹ Atienza Manuel, op. cit., nota 140, p.p. 153-154.

¹⁹² La frase corresponde a Edward Bulwer-Lytton.

plasmada en los argumentos (emitidos por la autoridad), y a fuerza corresponde al poder coactivo del Estado.

El hablante tiene que elegir una expresión inteligible para que el hablante y el oyente puedan entenderse entre sí, el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; el hablante tienen que querer manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido.¹⁹³

De no establecer una comunicación que tenga como propósito la inteligibilidad, el gobernado siempre sospechará lo peor de la autoridad (corrupción, ineficiencia, ineptitud, etcétera). Por supuesto que el Poder Judicial, como cualquier otra rama del gobierno o del poder público, está obligado a cuidar este aspecto. La transparencia no sólo se refiere a rendir cuentas: hacer públicos los informes de gestión respecto de programas, salarios, presupuestos, contrataciones;¹⁹⁴ señalar una estadística en relación con el número de expedientes sustanciados en el año; hacer pública una sentencia ya sea mediante Internet o cualquier otro medio de difusión social; hacer públicos los debates o sesiones de los Ministros y/o Magistrados: *“la transparencia judicial no sólo*

¹⁹³ Atienza Manuel, op. cit., nota 140, p. 152.

¹⁹⁴ López-Ayllón, Sergio, y Salgado Perrilliat Ricardo, “El Poder Judicial federal y la transparencia. Crónica de un derecho en construcción”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año III, número 6, julio-diciembre de 2006, p. 241. Visible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/6/cnt/cnt10.pdf> , (19/03/2014: 17:30).

prescripciones sino la comunicación clara, eficaz, entendible y sin opacidad de las razones que imperaron para decidir".¹⁹⁵

En el mismo orden de ideas Perelman en su obra "*La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*" (esta obra la escribió junto con Lucie Olbrech-Tyteca), señala que el propósito de la argumentación es "*lograr la adhesión del auditorio, pero sólo por medio del lenguaje, es decir, prescindiendo de uso de la violencia física o psicológica*",¹⁹⁶ y señala que en la argumentación existen tres elementos que se interrelacionan entre sí, estos elementos son: el discurso; el orador y el auditorio.¹⁹⁷ La argumentación se desarrolla y desenvuelve en relación al auditorio (éste –auditorio- es la audiencia a la que se intenta persuadir o convencer); la argumentación no tendría sentido si no se toma en cuenta al auditorio, "*puede pensarse que un argumento sólido es un argumento eficaz que determina la adhesión a un auditorio, o bien un argumento válido, es decir, un argumento que debería determinar dicha adhesión*".¹⁹⁸ El autor en cita también menciona que la argumentación y la lógica en el campo del derecho, no se deben analizar desde un aspecto formal (en el sentido de establecer una relación necesaria entre dos premisas y una conclusión), la lógica no sólo tiene un sentido teórico sino también un uso práctico.

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica... que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces lo será, necesariamente, la conclusión.

¹⁹⁵ Tron Petit, Jean Claude, "Diafanidad u opacidad", *El Universal*, 13 de Octubre de 2005, visible en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/130660.html> , (19/03/2014: 17:30).

¹⁹⁶ Atienza Manuel, op. cit., nota 140, p. 50.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 61.

Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión. Por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir.¹⁹⁹

Ahora bien los elementos señalados anteriormente son importantes en el discurso jurídico, y en el lugar del orador y de un auditorio, en el campo del derecho tenemos la figura del juez y el justiciable respectivamente. El juez no debe desconocer al justiciable ya que la argumentación se desarrolla y desenvuelve en función del justiciable. El propósito de la argumentación en el campo del derecho no sólo se limita a satisfacer una serie de requisitos legales y formales (como lo son la fundamentación y la motivación), sino que el propósito último de la argumentación es “*lograr la adhesión*”²⁰⁰ del justiciable y esto se logra a través de un lenguaje que éste pueda entender.

Las consideraciones anteriores no son ajenas respecto de los DH, ya que la retórica y la argumentación jurídica nos remiten al problema que existe entre el modelo positivista y el nuevo modelo que está vigente en nuestro país (a raíz de la reforma a la constitución en materia de DH). Como se señaló anteriormente, el positivismo jurídico es un modelo construido bajo una serie de supuestos lógico-jurídico-formales que se limitan a satisfacer una serie de requisitos formales establecidos en la ley. El positivismo jurídico no deja de ser una construcción mental²⁰¹ que se edificó con ciertos estándares de validez y se cimentó con una

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 48.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.50.

²⁰¹ Ver Cáceres, nota 48.

concepción idealista de la ciencia del siglo XIX. La concepción tradicional de la ciencia²⁰² se relaciona con: a) la objetividad de conocimiento mediante la independencia del científico con el objeto de estudio, el único conocimiento válido es el adquirido mediante el método científico; b) el positivismo (entendido éste como la corriente filosófica del siglo XIX de Auguste Comte). Estos criterios se llevaron al campo jurídico y se tradujeron en una estructura formal legal. Bajo el positivismo jurídico se niega cualquier relación entre el juez y las partes, ya que el juez se limita única y exclusivamente a aplicar al derecho de forma mecánica, pues ésta es la única forma en que se logra la objetividad. Sin embargo esta construcción teórica elimina uno de los elementos más importantes en la ecuación jurídica, que es el justiciable, ya que sin el justiciable no hay sentencia. Perelman acierta cuando señala que los argumentos en el campo del derecho tienen que ver más con los argumentos retóricos que con la lógica formal ya que en el campo del derecho “*no se trata de establecer una verdad evidente*”,²⁰³ ni existe siempre una relación necesaria entre dos premisas y una conclusión (como si se tratara de un silogismo), sino que en el campo del derecho se trata “*de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión*”.²⁰⁴ Si admitimos esta premisa, reconocemos que el derecho no se agota en una estructura legal-formal, sino que además es importante argumentar para mostrar la plausibilidad de las premisas, y esta argumentación no tendría sentido sino se busca la adhesión del justiciable. Mientras que el positivismo saca de la ecuación al justiciable y se enfoca en requisitos legales y formales, la retórica de Perelman logra adherir al justiciable en la ecuación, al reconocer la relación entre el orador (o juez), auditorio (o justiciable) y el discurso. En el campo del derecho y a raíz de la reforma a la constitución en materia de DH, es claro que nos encontramos en una etapa de transición, de un modelo única y exclusivamente descriptivo, a otro modelo que busca eliminar las barreras entre lo descriptivo y lo prescriptivo.

²⁰² Como se señaló en el capítulo 1, Thomas S. Kuhn y Karl Popper criticaron fuertemente la concepción tradicional de la ciencia.

²⁰³ Atienza Manuel, op. cit., nota 140, p. 48

²⁰⁴ Ídem.

Regresando al manual del lenguaje ciudadano, éste señala que no existe pretexto o justificación para que un ciudadano alfabetizado no pueda comprender las cuestiones administrativas que afecten su vida. Esta forma transparente de comunicación “... busca el uso de un lenguaje simple, claro y directo que permite a los lectores concentrarse en el mensaje que quiere transmitir la institución que lo emite y comprenderlo de manera efectiva. La utilización de un lenguaje ciudadano... fomenta la transparencia y la eficacia de las instituciones”.²⁰⁵ El lenguaje ciudadano acerca a los gobernados con sus instituciones toda vez que los ciudadanos entienden directamente (sin necesidad de intermediarios) los actos de la administración pública, gracias a una comunicación eficiente y sencilla.

Este cambio de la comunicación ente los gobernados y sus instituciones, implica un cambio cultural que se relaciona con la democracia y la transparencia de nuestras instituciones.

El lenguaje ciudadano fortalece la relación entre el gobierno y los ciudadanos toda vez que:

a) Permite a los ciudadanos entender sus derechos y obligaciones para que puedan cumplir con ellos, esto se logra al evitar un lenguaje obscuro y barroco que muchas crea un sentimiento de desconfianza y aversión en el ciudadano; y

b) “El estilo claro y directo del lenguaje ciudadano agiliza los procesos y servicios, reduce errores y ahorra tiempo, como ya lo ha demostrado su uso en otros países”.²⁰⁶ Lo que a su vez se traduce en un ahorro de recursos (materiales, económicos y humanos) y, refuerza la confianza en las instituciones toda vez que evita trámites largos y tortuosos e inútiles.

²⁰⁵ Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, op. cit., nota 182.

²⁰⁶ Ídem.

Dicho lo anterior hay que aclarar que el lenguaje ciudadano no implica escribir para todo el mundo, sino que busca enfocarse a la persona a quién va dirigido el escrito, esto tiene el propósito de que el ciudadano obtenga la información que necesita,²⁰⁷ de forma clara y precisa.

En resumen el lenguaje ciudadano: *“a) acerca a ciudadanos y gobernantes; b) mejora la confianza del ciudadano en sus instituciones; c) simplifica y agiliza la operación y funcionamiento de las instituciones y; d) aumenta la transparencia y reduce la corrupción”*.²⁰⁸

El poder judicial puede beneficiarse si acoge los puntos anteriores. En nuestro país es común que los gobernados tengan un fuerte sentimiento de desconfianza en sus instituciones judiciales, esto se debe a que los gobernados ven como ajenas a las instituciones judiciales. Esto ha llegado al punto en que las víctimas no denuncian los delitos porque saben que la secuela procesal no va a prosperar y, en el peor de los casos la gente toma la justicia en sus propias manos. El lenguaje ciudadano puede restablecer la confianza en poder judicial.

Considero que es viable y necesario aplicar el lenguaje ciudadano a la función judicial. Dicha propuesta es factible toda vez que no se le exige al juez que trabaje con un elemento ajeno a su campo de trabajo ya que el juez trabaja con el lenguaje y, el lenguaje ciudadano sólo implica un cambio en la forma del lenguaje.

3.5.2.- Antecedentes del Lenguaje Ciudadano.

“El Lenguaje Ciudadano surge de las buenas prácticas utilizadas en países como Suecia, Australia, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos llamadas

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ Ídem.

Plain Language o Plain English y Lenguaje Llano en el caso de España".²⁰⁹ Cada día son más los países interesados en adoptar el lenguaje ciudadano, esto se debe a los numerosos beneficios que este tipo de comunicación conlleva. A parte de ahorrar cuantiosos recursos, el lenguaje ciudadano también impacta en la transparencia y la democracia de una nación.

“La primera iniciativa para utilizar un lenguaje sencillo y claro se originó en Suecia en 1976 cuando por primera vez el Gobierno Sueco contrató a un experto en lingüística para organizar una modernización sistemática del lenguaje en documentos gubernamentales como leyes, decretos y documentos normativos”.²¹⁰ De lo anterior se desprende el gran potencial del lenguaje ciudadano ya que puede ser utilizado en leyes, decretos y documentos normativos, esta lista es enunciativa más no limitativa. Esta forma de comunicarnos parece ser aplicable en todo acto de gobierno y en toda la administración pública, de lo anterior se infiere que esta forma de comunicarse también es aplicable en la esfera judicial.

“Más tarde, la práctica de simplificar el lenguaje se extendió a otros niveles de gobierno, a la academia e incluso a la iniciativa privada. El proceso para simplificar los documentos gubernamentales y escribirlos en un lenguaje adecuado consistía en enviar cada documento para su revisión al grupo de expertos de Plain Language que dependía del Departamento de Justicia”,²¹¹ ningún documento emitido por el gobierno podía revelarse públicamente sin la autorización de aquel grupo de expertos.

En Australia este movimiento comenzó con apoyo de diversos gobiernos estatales y del Procurador General de Justicia para la simplificación de leyes, actas constitucionales y formas administrativas.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 5.

²¹⁰ Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, op. cit., nota 182.

²¹¹ *Ídem*.

En 1987, el gobierno estatal de Victoria en Australia “realizó un reporte cuyo(s)... primeros resultados positivos de esta iniciativa representaron un ahorro estimado de \$600,000 dólares australianos (aproximadamente \$4,800,000 pesos) al año”,²¹² lo anterior muestra un ahorro significativo para las economías estatales de cualquier Estado. “El Plain English se extendió al sector académico a través de la Universidad de Sydney con la creación del Centre for Plain Legal Language. Esta organización estaba enfocada a entrenar a abogados sobre el uso del lenguaje sencillo y claro, así como a la investigación de las implicaciones de incorporar este tipo de lenguaje en documentos jurídicos”.²¹³ El Plain English en Australia también se trasladó a las compañías consultoras legales, con el propósito de superar la terminología barroca y establecer una comunicación clara y eficaz. El lenguaje ciudadano no sólo es aplicable en el sector gubernamental, sino además en la academia y en el ámbito laboral privado (es decir, abogados independientes). Si estos tres sectores sumaran esfuerzos en nuestro país los beneficios serán exponenciales.

Reino Unido se incorporó a esta práctica en 1979 e inicio una “campaña de Plain English para combatir el gobbledygook, como se conoce al argot burocrático, percibido como confuso y tedioso”.²¹⁴ Como parte de este esfuerzo Reino Unido creó el premio *Clarity* (claridad), esta distinción recompensa a aquellas instituciones que se destacan en el uso del *Plain English*. Dentro de este esfuerzo colectivo destacan la creación de cursos dirigidos a abogados y otros sectores que se relacionan con el desarrollo de documentos legales. De la experiencia de los gobiernos australianos y del reino unido, resulta claro que los

²¹² Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, op. cit., nota 182.

Nota: La cifra actualizara al 05/09/2013 sería de 7, 333,741.34 (siete millones trescientos treinta y tres mil seiscientos cuarenta y un pesos con treinta y cuatro centavos MN).

²¹³ ídem.

²¹⁴ ídem.

asuntos legales tanto en el sector público como en el privado son de vital importancia para el *Plain English*.²¹⁵

*“El proyecto para volver a escribir la legislación de impuestos fue uno de los desarrollos más significativos de la iniciativa de Plain English. Este comenzó en 1995, con el propósito de reescribir toda la legislación de impuestos existente y continuó con trabajos sobre la ley de ingreso y su código correspondiente”.*²¹⁶

En Canadá se creó la Comisión para la Reforma de la Ley en 1971, esta comisión evaluó y revisó toda la legislación federal existentes con el propósito de incorporar los principios del *Plain English* a la legislación. El gobierno de Canadá destaca por su experiencia positiva en volver a formular proyectos de ley de alto contenido técnico.

En Estados Unidos *“en 1998, bajo la iniciativa ‘Reinventing government’ del Vicepresidente Al Gore, se emitió un Memorandum presidencial que hacía obligatorio el uso de un lenguaje claro”.*²¹⁷

En los países de habla hispana, España destaca al promover el *“uso del Lenguaje Llano para transformar el lenguaje y fortalecer la democracia y la transparencia”*,²¹⁸ a través de mensajes claros y sencillos a sus ciudadanos.

De lo anterior llego a la conclusión de que no existe razón alguna para que el lenguaje ciudadano no se pueda aplicar en la esfera judicial. Para que el lenguaje ciudadano prospere en el ámbito judicial es necesario capacitar a los

²¹⁵ Considero que lo anterior se debe a que: a) el mundo legal y administrativo interviene de manera activa en la vida cotidiana de los ciudadanos (es decir todos nuestros actos tienen consecuencias jurídicas) y; b) la forma en que redactamos los abogados es muy confusa.

²¹⁶ Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, op. cit., nota 182., p. 6.

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ Ibídem, p. 7.

funcionarios públicos (jueces, magistrados y ministros), así como al sector académico y a los abogados litigantes. El lenguaje ciudadano es una forma de comunicación clara, sencilla y, eficiente que forma parte de la argumentación.

Capítulo 4

En los capítulos anteriores se hicieron diversos señalamientos de tipo teóricos, sin embargo es importante señalar que los DH tienen aplicaciones prácticas y tangibles. Por este motivo considero importante analizar dos casos prácticos en los que se aprecia el choque entre los dos sistemas. Estos casos se eligieron porque en ellos es fácil observar la estructura de pensamiento desde un enfoque positivista y desde una perspectiva que reconoce la existencia de los DH en nuestro sistema normativo. Por último este capítulo analizará el caso Radilla, este caso es importante porque a raíz del expediente varios 912/2010, la SCJN estableció las bases para la aplicación de los DH en nuestro ordenamiento normativo.

4.1.- Análisis del Caso 42/2013, el arresto de una mujer de ochenta y siete años de edad.²¹⁹

Este caso es una clara muestra de como una aplicación a raja tabla, indiscriminada y poco valorativa del derecho tiene consecuencia disparatadas a la hora de aplicar el derecho. Este caso nos muestra que todavía existen jueces que consideran que el derecho empieza y termina en la letra exacta de la ley y, aplican el derecho sin considerar elementos más allá del texto legal o de la jurisprudencia.

El juez normalmente justifica sus sentencias en la ley y en la jurisprudencia, sin embargo el fundamentar sus sentencias en argumentos de autoridad (como lo es la jurisprudencia), es insuficiente para realizar una buena argumentación. Además de la ley, el juez tiene que evaluar sobre la pertinencia e

²¹⁹ Anexo 2.

idoneidad de la jurisprudencia en relación al caso concreto y tiene que establecer si las condiciones del caso son similares a la razón esencial de la jurisprudencia. Una cosa es aplicar el derecho a raja tabla sin consideraciones más allá del texto legal y otra muy distinta es valorar el derecho y las circunstancias del caso en relación con la norma. Los DH implican reconocer que el derecho no sólo está integrado por la norma, sino que además lo completan el valor y el hecho. Se trata pues de romper con una estructura formal y rígida para considerar otros elementos como el valor y el hecho. Los DH superan una aparente contradicción entre el hecho, el valor y, la norma, a través de nuevas interpretaciones del derecho.

Las dos posturas que se han mencionado en la presente investigación (el positivismo y un sistema que además de la norma reconoce a la existencia de los principios –de contenido moral- en el ordenamiento normativo), se observan claramente en el caso 42/2013 del Cuaderno Auxiliar, del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla. A dicho juzgado federal le tocó resolver un caso en donde el juez de primera instancia resolvió con estricto apego a la ley sin evaluar las circunstancias específicas del caso.

El juicio se tramitó originalmente en el Juzgado Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. En dicho juicio el juez de origen ordenó el arresto de una mujer de ochenta y siete años de edad al haber incumplido con diversos apercibimientos derivado de un juicio de sucesión intestamentaria.

Los antecedentes del caso son que después del fallecimiento de su esposo, la señora “x” denunció la sucesión intestamentaria del difunto y se nombró como herederos a sus dos hijos y a la viuda, siendo la viuda la albacea de dicha sucesión. Veintidós años después de dicho evento uno de los hijos en su carácter de heredero de la sucesión promovió incidente de remoción de albacea toda vez

que su madre y, hasta entonces albacea no había formulado el inventario de los bienes de la sucesión y, por consiguiente nunca había rendido cuentas ante los demás herederos (o sea sus dos hijos), ni había hecho una propuesta de distribución provisional de los bienes hereditarios. El juez de origen dio la razón al hijo (promovente del incidente de remoción de albacea), y otorgó un término de diez días a la viuda (y antigua albacea) para que rindiera cuentas de su albaceazgo, por todo el tiempo que duró en el cargo de albacea. Después de diversos apercibimientos infructuosos, el juez volvió a apercibir por cuarta y última ocasión a la viuda para que rindiera cuentas de su albaceazgo, con el apercibimiento de que de ser omisa, se le arrestaría por doce horas. Al no desahogar dicha prevención el juez emitió un auto en donde ordenó la detención de la viuda, -en su carácter de albacea original-, que tenía ochenta y siete años de edad.

Ahora bien, el juez civil cuenta con facultades para emitir diversas medidas de apremio entre las que se incluye el arresto administrativo, en ese sentido el juez natural actuó con estricto apego a derecho, sin considerar la edad, ni la vulnerabilidad de la señora “X”.

Inconforme con el auto anterior la viuda promovió un amparo ante dicha orden de detención. El asunto fue conocido por el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla. El juez federal analizó diversas leyes; jurisprudencias e instrumentos internacionales; y evaluó, entre otros instrumentos, la resolución 46/91 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991 punto 18; inciso a), fracción II del artículo 3º, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores y la jurisprudencia I.5o.C. J/31 (9a.) (IUS 160869).

Con la reforma a la constitución en materia de DH los juzgadores están obligados a estudiar el derecho en su integridad como si fuera un todo y, no sólo

una norma aislada fuera de un contexto. El juez federal fue prudente toda vez que supo *“saber cómo tener en cuenta las circunstancias para aplicar principios generales a las situaciones particulares”*.²²⁰ La reforma constitucional en materia de DH es el regreso a la prudencia del derecho, los DH nos invitan a reevaluar el sentido del derecho. El derecho es un instrumento valioso que no solamente se compone de normas, sino que además se ocupa de los hechos y de los valores.

El juez federal determinó que el concepto de dignidad humana en relación con la prohibición de discriminación, *“es extensivo y aplicable a todo el catálogo de derechos humanos previstos por la Carta Magna... por la simple razón que la dignidad de las personas es la razón de ser y existir de los derechos fundamentales... y debe de ser un parámetro que el juez constitucional.... al analizar cualquier acto de autoridad que es sometido a su jurisdicción”*.²²¹

De la lectura de la sentencia 42/2013 del Cuaderno Auxiliar, del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, observamos que podemos integrar el derecho como si se tratara de un todo, sin que la aplicación del derecho implique valerse de una norma abstracta sin un contexto específico.

En la sentencia de amparo, el juez valoro el derecho y declaro que:

La protección a los adultos mayores tiene por objeto paliar una triste realidad nacional, que es el abandono o abuso que sufren por parte de sus familiares y de la sociedad en general. De esta manera, por mandato constitucional, corresponde a todos los órganos del Estado velar por su integridad física y emocional; obligación que adquiere una mayor relevancia en sede

²²⁰ Varó Peral, Ángels. Algunas teorías éticas occidentales, p. 6. Visible en www.nodo50.org/filosofem/IMG/pdf/etica4c.pdf, (06/09/2013, 11:20 horas).

²²¹ Anexo 2.

constitucional, ya que esa es la función inmanente de los tribunales del Poder Judicial de la Federación: tutelar los derechos humanos consagrados en el texto constitucional, tratados internacionales y leyes ordinarias, ya sea frente a las actuaciones del Estado o de otros particulares...., el legislador reconoció la necesidad de dar un trato distinto a los adultos mayores de cierta edad, otorgándole un beneficio que no se da al resto de la población, a efecto de salvaguardar su integridad física y emocional... el hecho de ser separado de su hogar, el lugar que conoce, con el que se identifica y en el que hace su vida diaria, será un detonante para su salud emocional, lo cual no puede ser permitido por este Juzgado Federal.²²²

Resulta innegable que el juez federal valoró el Derecho ya que consideró la utilidad y la finalidad de la norma, por lo tanto fue más allá del positivismo jurídico. Estos razonamientos no son arbitrarios, ni se relacionan con la moral privada del juez federal, por el contrario para establecer los principios dentro del ordenamiento jurídico tenemos que partir de la norma y sólo a través de la norma podemos establecer los principios en concordancia con el valor y con los hechos.

El juez federal determinó que la orden de arresto en contra de la señora de ochenta y siete años de edad atentaba en contra de su dignidad. Lo anterior no implica que el juez federal estuviera a favor del desacato judicial toda vez que el juez determinó que una multa dentro de las posibilidades económicas de la quejosa no sería violatoria a la dignidad ni a los DH.

Por último el juez federal señaló que el amparo otorgado no prejuizaba sobre otras órdenes de arresto emitidas en contra de adultos mayores. Para determinar la legalidad de una orden de detención en contra de una persona mayor de edad, se tienen que analizar las circunstancias específicas del caso

²²² Anexo 2.

concreto y, se tiene que tomar en consideración, la edad (no es lo mismo una persona de sesenta años que una de noventa), la fortaleza física, la fortaleza mental, el estado emocional, entre otros factores.

4.2.- El caso Cherán, Acuerdo No. CG-38/2011²²³ y SUP-JDC-9167/2011.²²⁴

El caso de que se analiza a continuación surge a raíz de la solicitud planteada por la comunidad indígena de San Francisco de Cherán ante el Instituto Electoral de Michoacán (IEM), dicha comunidad se encuentra localizada en el centro del Estado de Michoacán, y está habitada principalmente por una comunidad indígena perteneciente al pueblo purépecha (P'urhepecha). En vísperas de las elecciones del 2011 los pobladores de Cherán solicitaron dicho instituto electoral se les respetara su derecho a decidir y elegir el nombramiento de sus autoridades (la cabecera municipal) bajo sus usos y costumbres. Los pobladores de Cherán consideraban les asistía la razón por tratarse un derecho histórico; de la misma forma le notificaron al IEM que la asamblea general de dicha comunidad acordó no participar ni permitir el proceso electoral de ese año, en ese proceso electoral se disputaba la gubernatura, diputaciones y a los representantes de los ayuntamientos del Estado de Michoacán.

Dicha solicitud fue resuelta por el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán mediante el acuerdo No. CG-38/2011 en sesión de 17 de mayo del 2011.

²²³ "Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán por el que se da respuesta a la petición de la comunidad indígena de Cherán para celebrar elecciones bajo sus usos y costumbres", visible en http://www.iem.org.mx/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=110:acuerdos.2011&Itemid=76 (07/05/2013, 15:00 horas).

²²⁴ Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en, <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

El Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán solicitó la opinión de dos expertos (Orlando Aragón Andrade y Gonzalo Farrera Bravo) y, se les pidió un dictamen. En la opinión de Orlando Aragón Andrade la solicitud de la comunidad indígena de San Francisco de Cherán, debía ser resuelta positivamente toda vez que del análisis del artículo 1 constitucional y de diversos tratados internacionales en la materia indígena, concluyó que la elección mediante usos y costumbres era procedente y recomendó realizar un estudio antropológico, que permitiera articular los usos y las costumbres de la comunidad indígena con la normatividad político electoral del Estado. El experto en mención recomendó al gobierno del Estado instalar una mesa de consulta con las autoridades representativas de dicha comunidad, esto tenía el propósito de garantizar a dicha comunidad un procedimiento que respetara, reconociera y se adecuara a las formas de organización social de dicha comunidad y que fuera avalado por el gobierno local. Como observamos esta opinión experta no sólo tomó en consideración la normatividad estatal sino que además analizó diversos tratados internacionales y recomendó un estudio antropológico de dicha comunidad. El derecho no sólo se trata de resolver problemas contenidos en una norma sino que además tenemos que comprender las circunstancias específicas del caso y el contexto en el que se dan los hechos.

En el caso de Cherán las circunstancias específicas nos remiten a los usos y costumbres de la comunidad purépecha. Para comprender la verdadera dimensión del alcance de los DH en el caso de Cherán, tenemos que comprender a dicha comunidad desde una perspectiva histórica y antropológica, esto tiene el propósito de conocer los usos y costumbres de dicha comunidad. Y a través de esos usos y costumbres se tiene que determinar cuál es la interpretación más favorable para dicha comunidad. Para determinar cuál es la norma más favorable es necesario realizar un estudio antropológico de dicha comunidad, los DH no sólo implican un estudio normativo sino que además involucran otras áreas del conocimiento humano como la antropología. Los DH implican integrar un sistema que no sólo se limita al entendimiento jurídico. Lo que llama la atención de la

opinión experta de Orlando Aragón Andrade es que solicita un estudio multidisciplinario, los DH no sólo involucran al derecho sino que corresponden a diversas disciplinas del conocimiento humano.

Gonzalo Farrera Bravo por su parte sostuvo un criterio diverso y, sustentó que el Instituto Electoral de Michoacán no tenía la facultad para convocar a elecciones bajo la modalidad de usos y costumbres ya que dicha medida sólo podía ser impuesta por el Congreso Estatal mediante una reforma constitucional que admitiera dicha modalidad, además de la necesidad de leyes reglamentarias que permitiera dicha implementación. Las consideraciones de Gonzalo Farrera Bravo las podemos resumir en que el IEM es un órgano de mera legalidad y como tal sólo tiene la facultad de aplicar la ley, por lo que dicho instituto está obligado a acatar lo dispuesto por el ordenamiento normativo vigente. Por tanto para que dicho instituto pudiera convocar a elecciones bajo la modalidad de usos y costumbres era necesaria una reforma que lo facultara para ello.

Como podemos apreciar de lo anterior, en estas dos opiniones expertas se ejemplifica claramente el choque entre los dos sistemas.

El nueve de septiembre de dos mil once, el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán resolvió el asunto mediante el acuerdo CG-38/2011. El instituto en mención resolvió con estricto apego a derecho y declaró: *"Único. El Instituto Electoral de Michoacán carece de atribuciones para resolver sobre la celebración de elecciones bajo el principio de los usos y costumbres en los términos que lo solicita la Comunidad Indígena de Cherán"*.²²⁵

Lo anterior toda vez que el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán consideró no tenía facultades para establecer organizaciones

²²⁵ "Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán por el que se da respuesta a la petición de la comunidad indígena de cherán para celebrar elecciones bajo sus usos y costumbres", visible en http://www.iem.org.mx/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=110:acuerdos.2011&Itemid=76 (07/05/2013, 15:00 horas).

electorales ajenas a lo establecido por la Constitución del Estado y, que la única forma en que se podía implementar un sistema de usos y costumbres era mediante una reforma constitucional y un reglamento que lo facultaran para implementar dicha modalidad.

El IEM declaró que no obstante la reforma constitucional en materia de DH, dicho órgano no tenía la facultad para desaplicar una norma electoral, toda vez que al ser un órgano de control de legalidad no estaba autorizado para ejercer un control de constitucionalidad para desaplicar. El instituto consideró que como órgano de legalidad estaba sujeto a resolver los problemas acorde a la forma hermenéutica tradicional es decir: 1) ley superior tiene preferencia sobre la ley secundaria; 2) en caso de leyes de igual jerarquía resolver según la norma especial; y 3) ley posterior deroga a la ley anterior, *“en el entendido de que la solución al conflicto de normas, no significa, en manera alguna, que la norma legal quede excluida del sistema”*.²²⁶

Las técnicas tradicionales para resolver conflictos entre leyes no sirven para resolver problemas derivados de la aplicación de los DH, toda vez que no podemos alegar que una norma es superior a otra (como la Constitución en comparación con un tratado internacional ratificado por nuestro país), o que una ley es especial o que la ley posterior deroga a la anterior. Las formulas tradicionales que desarrolló el positivismo jurídico para resolver los conflictos entre leyes no funcionan ya que los criterios de validez han cambiado. El criterio válido que opera en cuestiones relativas a los DH es otorgar la protección más amplia a la persona con independencia si la norma está contenida en la Constitución o en un tratado internacional.

El artículo 1 constitucional en su párrafo tercero establece que *“todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”*. Resulta paradójico que a

²²⁶ Ídem.

pesar de que dicho artículo señala que las normas relativas a los DH se aplican con el propósito de otorgar la protección más amplia a la persona; el ámbito competencial del IEM evitó dar la protección más amplia, toda vez que competencialmente el IEM es un órgano de mera legalidad.

Ahora bien las jurisprudencias que desarrolló la SCJN en materia de DH fueron emitidas el 12 de septiembre de 2011 mediante el Acuerdo General número 9/2011 y, la resolución del IEM fue emitida el 9 de septiembre de 2011 por lo que días antes del 12 de septiembre no estaban desarrolladas muchas de las tesis que explicaba cómo se tendrían que aplicar los DH. Por este motivo considero disculpables los razonamientos del IEM toda vez que los criterios del IEM se subordinaron a lo establecido por la SCJN hasta ese momento (es decir, antes de las jurisprudencias del 12 de septiembre de 2011).

Ante la resolución del Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán diversos pobladores de la comunidad de Cherán se inconformaron ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Y el dos de noviembre de dos mil once, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió el expediente SUP-JDC-9167/2011.

Antes de analizar el expediente SUP-JDC-9167/2011, considero importante señalar que se estableció la procedencia de la acción *per saltum*. Esta acción permite saltarse instancias inferiores, por lo que no es necesario agotar todos los recursos para llegar a instancias superiores (se brincan o se saltan instancias inferiores). Se justificó esta acción por dos motivos, la primer razón fue la cercanía de la jornada electoral y la segunda razón fue que cualquier recurso local no hubiera sido apto ni idóneo para resolver la controversia en los términos que solicitaron los pobladores de la comunidad de Cherán *“es claro que cualquier recurso local resultaría ineficaz para alcanzar su pretensión de que se les reconozca el derecho histórico a elegir autoridades municipales conforme a usos y*

*costumbres de la comunidad y organizarlas conforme a sus prácticas tradicionales”.*²²⁷

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, determinó que *“el acceso a la justicia del Estado por parte de los pueblos indígenas debe ser real y material, lo que se traduce en la obligación de las autoridades de dar una solución de fondo..., tomando como punto de partida, que el texto constitucional reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas y también garantiza el derecho que tienen éstos para elegir a sus autoridades”*²²⁸ mediante sus usos y costumbres.

La Sala Superior estudió la diversos ordenamientos normativos, tratados internacionales, sentencias, declaraciones y opiniones consultivas y, analizó: las fracciones III y VIII del apartado A del artículo 2o constitucional; los artículos 2, apartado 2, inciso b), 4, apartado 1, 5, inciso b), y 8 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; los artículos 4, 5 y 20 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en relación con la libre determinación); Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el caso Velázquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 165 a 167; y caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989, párrafos 174 a 176; caso Bámara Velázquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 194; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 151, y caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 49, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa

²²⁷ Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

²²⁸ Ídem.

vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 51, Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 34.²²⁹

Y después de un minucioso análisis la Sala Superior estableció que el Consejo General del IEM incumplió con su deber de emitir una sentencia de fondo así como su deber de interpretar los DH de la forma más favorable. Y declaró que *“conforme a la reforma constitucional todas las autoridades (jurisdiccionales o no) se encuentran obligadas a: 1) promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho; 2) interpretar las normas que conforman el marco jurídico que lo rige con un criterio extensivo y, 3) aplicarlas acorde con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad”*.²³⁰

La Sala Superior manifestó que el IEM no garantizó el derecho que tienen las comunidades indígenas al auto gobierno y que so pretexto de la inexistencia de una ley secundaria dicho instituto obstaculizó el acceso a la justicia. La Sala Superior declaró el IEM estaba obligado a establecer mecanismos o propuestas de solución por lo que el IEM era competente para la consulta; esto con el fin de establecer si era la voluntad de la mayoría de los miembros de la comunidad de Cherán adoptar un sistema de elección mediante el mecanismo de usos y costumbres y; en su caso informar al Congreso del Estado los resultados de la consulta.

De los argumentos vertidos por la Sala Superior se destaca que si bien no se sigue un sistema de votación libre, secreto y directo, sí se respeta la elección de la mayoría a través de la consulta popular. La consulta garantiza la libre elección y evita la imposición arbitrariamente y unilateralmente de algún jefe tribal,

²²⁹ Cfr. Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

²³⁰ Ídem.

la consulta respeta el derecho a la autodeterminación y, reconoce el principio de la autodeterminación como un DH.

Respecto a la falta de un reglamento o ley secundaria la Sala Superior declaró que:

Esos derechos al formar parte de la Constitución deben ser aplicados por las autoridades de todos los niveles sin necesidad de que para ello exista una ley secundaria para ello, pues si la Constitución o las leyes establecen un derecho, pero la ley no establece un proceso para su protección, esta circunstancia no implica, ni faculta a la autoridad impedir su ejercicio y, mucho menos a vulnerarlos, sino que debe ser instaurado un proceso encaminado a proteger el derecho, en el cual se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.... En ese orden de ideas, al considerar que no existía un procedimiento para atender la petición es claro que la autoridad omitió cumplir con las obligaciones establecidas en la reforma constitucional referida.... Esos derechos al formar parte de la Constitución deben ser aplicados por las autoridades de todos los niveles sin necesidad de que para ello exista una ley secundaria para ello, pues si la Constitución o las leyes establecen un derecho, pero la ley no establece un proceso para su protección, esta circunstancia no implica, ni faculta a la autoridad impedir su ejercicio y, mucho menos a vulnerarlos.²³¹

²³¹ Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

Estas consideraciones se asemejan a los planteamientos de la primera sentencia de amparo del 13 agosto de 1849 en donde se estableció:

...que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección (refiriéndose a la figura del amparo) debe dispensarse, no es ni puede ser un obstáculo para cumplir con ese sagrado deber... y que, de no dar cumplimiento al citado artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron....que una ley desde el momento que se publica debe ser obligatoria.²³²

La Sala Superior estableció que las poblaciones indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación en la toma de decisiones colectivas en todos los niveles de gobierno a través de los representantes que ellos mismos elijan de acuerdo con sus propios procedimientos.

La Sala Superior también valoró la importancia de la libre determinación y estableció que:

...es claro que el derecho a la libre determinación al constituir el derecho a partir del cual se articulan y convergen todos los derechos indígenas constituye un elemento esencial para superar la marginación en la que viven dichas comunidades, de tal forma que una de las vertientes más importantes de ese derecho para un pueblo consiste precisamente en decidir por sí mismo su forma de organización y la determinación de sus propias autoridades, característica que resulta esencial para la conservación y protección de las culturas indígenas que forman el asiento originario del Estado multicultural Mexicano, pues es claro que tal conservación implica necesariamente todos y cada uno de esos

²³² Arizpe Narro, Enrique, op. cit., nota 110, pp. 45-46.

derechos, pues la lengua y la tradiciones indígenas no pueden permanecer y desarrollarse sino dentro del contexto social, económico, político y cultural de dichos pueblos.²³³

Del análisis del argumento anterior resulta claro que la Sala Superior valoró el derecho y justificó la importancia de libre determinación. Para valorar el derecho y establecer cuáles son los principios de un ordenamiento normativo tenemos que cuestionarnos cuáles son las razones o los motivos que le dan sustento a la norma. Al cuestionarnos estas razones implícitamente reconocemos que la norma tiene un valor y que el derecho tiene una importancia que va más allá del texto legal. Los principios son las razones que le dan sustento a todo un sistema y tiene un fin práctico y social. Estos principios los encontramos al valorar el derecho en su conjunto.

La Sala Superior revocó el acuerdo CG-38/2011 de nueve de septiembre de dos mil once emitido por el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán. Y ordenó establecer la consulta para determinar si era la voluntad de la mayoría de los pobladores de Chéran establecer las elecciones mediante un sistema de usos y costumbres y que, de establecerse ese sistema, el IEM quedaría obligado a someter los resultados (de la consulta) al Congreso de Estado para que este reconociera los resultados y emitiera el decreto correspondiente y determinara la fecha de la toma de posesión de los cargos.

El único voto particular fue emitido por el Magistrado Flavio Galván Rivera y este fue formulado en el sentido de que a su consideración el IEM, al ser un órgano de mera legalidad no tenía las facultades para resolver la petición de la comunidad indígena de Cherán. A consideración del Magistrado Flavio Galván Rivera se debería remitir la solicitud de la comunidad al Congreso del Estado, con el propósito de que el órgano legislativo en mención resolviera dicha petición. En

²³³ Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

la opinión del Magistrado Flavio Galván Rivera, la Sala Superior no debió avocarse al fondo del asunto y, debía limitarse a remitir la solicitud de la comunidad al Congreso del Estado.

Dicho planteamiento tiene más deficiencias que aciertos toda vez de haberse remitido dicha petición al Congreso del Estado, se hubiera dejado en estado de indefensión a la comunidad indígena de Cherán ya que lo que se atacó a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fue el acuerdo CG-38/2011. Dicha impugnación tenía que resolverla a una autoridad jurisdiccional y no un órgano legislativo; y si bien pudiera ser aceptable (o controvertido) el argumento de que la Sala Superior no era competente para conocer dicha reclamación, la Sala estaba obligada a turnar el asunto a una instancia jurisdiccional competente que estudiara el fondo del asunto y no a un órgano legislativo. Como vemos el voto particular del Magistrado Flavio Galván Rivera cierra la posibilidad controvertir el acuerdo CG-38/2011 mediante una vía jurisdiccional ya que en su consideración había que remitir dicha solicitud al Congreso del Estado. Al Magistrado Flavio Galván Rivera se le escapa que lo que se controvertía en esos momentos era el acuerdo CG-38/2011, emitido como un acto de autoridad, lo que se impugnó era un acto de autoridad, ya no se trataba de un solicitud ante órgano político administrativo sino de un conflicto eminentemente jurídico.

4.3.- El caso Radilla Pachecho vs. Estados Unidos Mexicanos y el expediente varios 912/2010.

El caso que se estudia a continuación es uno de los asuntos más trascendentales en materia de DH y procuración de justicia en nuestro país ya que a raíz del caso Radilla la SCJN planteó una serie de supuestos, los cuales constituirían el punto de partida para establecer las obligaciones del Poder Judicial de la Federación en asuntos que involucraran a los DH. Después de estudiar el

expediente varios 912/2010, resulta claro que los argumentos de dicha resolución sirvieron de sustento para la elaboración de diversas tesis aisladas²³⁴ redactadas con motivo de la reforma constitucional de junio de dos mil once.

Lo importante del caso Radilla para esta investigación es la resolución del siete de septiembre de dos mil diez, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 912/2010, en la que la SCJN determinó las obligaciones de los órganos jurisdiccionales en relación con los DH. Este expediente surge como consecuencia de la sentencia del 23 de noviembre de dos mil nueve emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivada del asunto Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.²³⁵

Al analizar la sentencia de la CIDH advertimos que dicha resolución no impone directamente obligaciones Poder Judicial de la Federación, sin embargo la SCJN consideró (acertadamente), que dicha sentencia sí establecía obligaciones a todas las autoridades (en todos los niveles de gobierno) para que respetaran y aplicaran los DH. Por esta razón nuestro más alto tribunal consideró indispensable pronunciarse respecto al cumplimiento de la sentencia emitida por CIDH y, de esta forma estableció un conjunto reglas mínimas para que los jueces conocieran y aplicaran los DH.

4.3.1.- Antecedentes del caso Radilla.

²³⁴ Anexo 1.

²³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*) visible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf (25/07/2013; 19:00 horas).

El caso surge como consecuencia de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco a manos del ejército.²³⁶ Dicho acto tuvo lugar en el Estado de Guerrero el 25 de agosto de 1974.

Diecisiete años después el 27 de marzo de 1992, Andrea Radilla Martínez (hija de Rosendo Radilla), presentó la primera denuncia penal en contra de quien resultase responsable por la desaparición de su padre. A esta denuncia se le sumó otra presentada por Tita Radilla Martínez, el 14 de mayo de 1999 interpuesta por los mismos hechos. Llama la atención la diferencia entre las fechas en que ocurrieron los actos delictivos y en que se presentaron las denuncias, sin embargo cabe destacar que la familia tenía miedo de las represalias del ejército y del gobierno (ya que era la época de guerra sucia).

Ante estas denuncias sólo se consignó a una persona y la autoridad no efectuó ninguna investigación seria para determinar el paradero del señor Radilla ni realizó esfuerzo alguno para sancionar a los responsables de tales hechos.

El asunto lo conoció Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero y, ordenó la aprehensión del General Francisco Quiroz Hermosillo, sin embargo dicho órgano jurisdiccional declinó su competencia como consecuencia del fuero militar. Posteriormente el Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar aceptó la competencia y formó el expediente 1513/2005.

Ante la declinación de competencia del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero a favor del fuero militar, Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo el seis de septiembre de 2005. Esta demanda fue desechada de plano por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero. Ante dicha resolución Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión ante el Primer Tribunal Colegiado, dicho órgano conformó el desechamiento.

²³⁶ Diversas fuentes en internet coinciden en que el ejército detuvo al señor Radilla porque este componía corridos dedicados al guerrillero comunista Lucio Cabañas, en plena época de la "guerra sucia".

Por último el 29 de noviembre de 2006 el Juez Cuarto Militar dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal como consecuencia de la muerte del indiciado quien feneció el 19 de noviembre de 2006.

Ante la falta de respuesta y poco interés de las autoridades mexicanas para esclarecer la verdad de lo ocurrido con el señor Radilla y, establecer responsabilidades a los culpables, la familia Radilla llevó el caso ante la CIDH.²³⁷

4.3.2.- Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2009.

Antes de analizar el fallo de la CIDH cabe aclarar que aunque pudiera parecer que la acción de la familia Radilla había precluido (por los años de diferencia entre la desaparición y la primera denuncia), el delito de desaparición forzada se entiende como un delito continuo. Lo anterior quiere decir que las consecuencias del acto continúan en ejecución a través del tiempo sin que hayan cesado sus efectos y al no poder determinar fehacientemente la fecha de defunción del señor Radilla, no se puede establecer un cómputo certero para establecer la preclusión de la acción.

Después de los trámites correspondiente (ante la Comisión y la Corte), la CIDH falló en contra del Estado mexicano y, consideró que el gobierno mexicano era responsable de violar diversos derechos entre los que se encuentran: la libertad personal, la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, las garantías judiciales y a la protección judicial. De la misma forma la CIDH consideró que el gobierno mexicano incumplió con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno respecto a la tipificación del delito de

²³⁷ Nota: este caso no es el único en su tipo, en 29 de diciembre de 2009, unos militares detuvieron a Rocío Irene Alvarado Reyes, Nitzia Paola Alvarado Espinoza y José Ángel Alvarado Herrera y a la fecha sus familiares desconocen su paradero, este asunto también se llevó ante la CIDH y sigue en curso. Para más información consultar, <http://www.jornada.unam.mx/2013/08/12/politica/007n2pol>, (12/08/2013; 14:00 horas), y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, Medidas Provisionales Respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Asunto Alvarado Reyes y otros, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/alvarado_se_01.pdf, (19/08/2013 1125:00 horas).

desaparición forzada de personas (ya que en el año 1974 no existía ese tipo penal y posteriormente nuestro país ratificó un tratado internacional en esa materia). La CIDH fundó su fallo en diversos artículos de Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La CIDH estableció que el fuero militar sólo tenía razón de ser en actos propios que afectan la estructura y el funcionamiento militar. Si un militar afecta a un civil entonces el daño es hacia una persona física y no hacia la institución militar. La CIDH señaló que el fuero militar en cuestiones que afecten a civiles es violatorio *“de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ya que no cumple con los estándares del sistema interamericano respecto a casos que involucran violaciones a derechos humanos, principalmente por lo que se refiere al principio de tribunal competente”*.²³⁸

La CIDH condenó al Estado mexicano a:

B. Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables

C1. Determinación del paradero de Rosendo Radilla Pacheco

C2. Reformas a disposiciones legales

i) Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar

ii) Tipificación adecuada del delito de desaparición forzada de personas: reforma al artículo 215-A del Código Penal Federal conforme a los instrumentos internacionales.

²³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*) visible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf, párrafo 266, (25/07/2013; 19:00 horas).

C3. Capacitación a operadores de justicia y educación en derechos humanos

C4. Publicación de las partes pertinentes de la presente Sentencia

C5. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

C6. Restablecimiento de la memoria: semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.

C7. Atención psicológica

D. Indemnizaciones, compensaciones, costas y gastos

D1. Daño material

i) Pérdida de ingresos

ii) Daño emergente

D2. Daño inmaterial

D3. Costas y gastos.²³⁹

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*) visible en,

4.3.3. Expediente Varios 912/2010.²⁴⁰

Una vez resuelto el caso Radilla por la CIDH nuestro más Alto Tribunal estableció en el expediente Varios 489/2010 que la “*Suprema Corte de Justicia de la Nación debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*” Antes de resolver el expediente Varios 912/2010, el Pleno de la SCJN, discutió en expediente Varios 489/2010 cuáles eran las opciones más idóneas²⁴¹ en relación con la sentencia de la CIDH respecto del caso Radilla. Es importante destacar que los expedientes fueron tramitados con la denominación de “varios”, considero que esta denominación se relaciona con el hecho de que no existe una norma o mecanismo específico dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que establezca una relación entre la CIDH y la SCJN.

De los puntos señalados en la sentencia de la CIDH, podemos apreciar que el poder judicial sólo estaba involucrado en el punto C3, que hace referencia a la “*capacitación a operadores de justicia y educación en derechos humanos*”, sin embargo la SCJN fue más allá y, consideró que la sentencia sí establecía obligaciones específicas para el poder judicial. La SCJN estableció que las obligaciones concretas derivadas de la sentencia de la CIDH eran:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf , párrafo 329 a 385, pp. 90 a 102 (25/07/2013; 19:00 horas).

²⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> (25/07/2013; 21:30 horas).

²⁴¹ Estas opciones se limitaban a: hacer propiamente un pronunciamiento o; ser omisión respecto de la sentencia de la CIDH.

A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.

C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.²⁴²

A) En cuanto al Control de convencionalidad la SCJN transcribió el párrafo 339 de la sentencia de la CIDH, que señala:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana,

²⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> (25/07/2013: 21:30 horas) punto 22.

evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁴³

En cuanto al control de convencionalidad la SCJN estableció que bajo lo dispuesto por los artículos 1 (ya después de la reforma de junio de 2011) y 133 constitucional, los jueces están obligados a preferir las normas relativas a los DH contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia sobre normas contrarias que dispongan los ordenamientos legales inferiores. Los jueces no pueden hacer una declaración general de invalidez de la norma sin embargo están obligados a dejar de aplicar (inaplicar) la norma si esta es contraria a la Constitución, o a los tratados internacionales en materia de DH suscritos por nuestro país.²⁴⁴ Y además de la jurisprudencia nacional los jueces también están obligados a estudiar los criterios vinculantes de la CIDH.

La inaplicación de una norma no implica que los órganos jurisdiccionales hagan una declaración de inconstitucionalidad ya que dicha función pertenece exclusivamente a la SCJN.

B) En cuanto a la restricción del fuero militar, la SCJN determinó que *“frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna*

²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*) visible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf (25/07/2013; 19:00 horas).

²⁴⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf>, punto 29, (25/07/2013: 21:30 horas).

circunstancia puede operar la jurisdicción militar...”,²⁴⁵ esto tiene el propósito de hacer efectivo el derecho de la reparación del daño, así como los derechos de conocer la verdad y el acceso a la justicia. “43. Por tanto el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículo (sic) 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”.²⁴⁶

C) En cuanto a las medidas administrativas derivadas de la sentencia de la CIDH, la SCJN estableció la necesidad de cursos de capacitación para: 1) entender la jurisprudencia de la CIDH; y 2) para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada.

Del análisis del expediente varios 912/2010, se desprende que lo relevante de dicha resolución son las obligaciones que la SCJN estableció al Poder Judicial de la Federación con el propósito de hacer efectivos nuestros DH. Muchos de los razonamientos desarrollados en el expediente varios 912/2010, los podemos apreciar en diversas tesis aisladas de la décima época, estas tesis aisladas son importantes porque son las bases que permiten aplicar los DH.

Algunos ejemplos de estas tesis aisladas son los criterios: Tesis P. LXVI/2011 (9a.) de rubro “*SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO*”; Tesis P. LXVII/2011(9a.) de rubro “*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD*”; Tesis P. LXVIII/2011 (9a.) de rubro “*PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE*

²⁴⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf>, (25/07/2013: 21:30 horas).

²⁴⁶ *Ibidem*, punto 43.

CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS"; Tesis P. LXIX/2011(9a.) de rubro "*PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*"; Tesis P. LXX/2011 (9a.) de rubro "*SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO*"; Tesis P. LXXI/2011 (9a.) de rubro "*RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*". Si queremos comprender el origen y la importancia de estos criterios tenemos que forzosamente remitirnos al estudio del caso Radilla.

Por último considero importante analizar los votos particulares de los ministros, esto tiene el propósito de mostrar como hasta los mismos ministros tienen criterios distintos respecto de un mismo tema, esto implica que toda vía nos falta mucho por comprender respecto de los DH. También resulta interesante ver que los ministros, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales, cuestionaron el procedimiento del expediente varios 912/2010, ya que pusieron en duda los efectos que pretendía dicha resolución; dicho asunto fue sustanciado como un expediente "varios" y, establecía obligaciones para todo el Poder Judicial de la Federación.

En relación con el considerando noveno 'Medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana...' Votaron en contra los señores Ministros Aguirre Anguiano, ya que la sentencia dirige una obligación al Poder Legislativo y no al Poder Judicial en este aspecto, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales,

porque en un expediente varios no se pueden establecer deberes para todo el Poder Judicial de la Federación.²⁴⁷

Resultan interesantes los señalamientos de los Ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales, que cuestionaron hasta qué punto puede un expediente “varios” establecer obligaciones para todo el Poder Judicial de la Federación. También cabe preguntarse si no existían otros mecanismos que tuvieran los alcances que pretendían los ministros.

*“El señor Ministro Franco González Salas precisó su salvedad en el sentido de que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación, salvo en el supuesto en que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que trasgreden la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.*²⁴⁸ Considero infundado dicho argumento toda vez que antepone la Constitución sobre los tratados internacionales en materia de DH y, subordina a la CIDH por debajo de la SCJN, lo más dañino de su argumento es que queda al arbitrio de los ministros determinar en qué casos las sentencias de la CIDH transgreden a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Considero que a raíz de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de DH, es la libertad y no la Constitución la norma fundamental por lo que tenemos que encontrar el criterio más favorable con independencia si dicho criterio se encuentre en la Constitución o en un tratado internacional. La postura del Ministro Franco González Salas también la podemos encontrar en el proyecto de contrarreforma del diputado Francisco Arroyo, del PRI, que solicitó se reformara el artículo 1 constitucional para establecer lo siguiente: *“...De existir una contradicción de principios entre esta Constitución y los Tratados Internacionales de los que México sea parte,*

²⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> (25/07/2013: 21:30 horas).

²⁴⁸ Ídem.

deberá prevalecer el texto constitucional, conforme a lo previsto en su artículo 133".²⁴⁹ Considero que este criterio desvirtúa la esencia misma de la reforma constitucional en materia de DH y, del principio pro persona toda vez que este proyecto de reforma subordina la interpretación más favorable a lo que establezca la Constitución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO.... En primer término, desde mi punto de vista no existe cauce procesal para cumplir las sentencias dictadas por tribunales internacionales. Si bien, la reciente reforma a la Constitución Fedral (sic) de fecha diez de junio de dos mil once establece un año como plazo, a partir de la entrada en vigor del decreto, para expedir la ley que regule la reparación de las violaciones a los derechos humanos, hasta el momento, tal cauce es inexistente en el Estado Mexicano en general, y al interior del Poder Judicial Federal en particular.

.... Al tenor de dicha disposición normativa, la resolución del expediente Varios 912/2010 debió de traducirse en la creación de un comité de reglamentos que lleve a cabo la tarea de crear ese cauce procedimental para el cumplimiento de las reparaciones señaladas en las sentencias de tribunales internacionales.

De ahí que, atento a lo expuesto en esta consideración preliminar, estime que el tratamiento propuesto en el proyecto no sólo

²⁴⁹ <http://www.animalpolitico.com/2013/06/ong-pide-rechazar-contrareforma-en-materia-de-derechos-humanos/#axzz2Vy3vrfcP> , (26/07/2013: 21:30 horas).

Nota: este mismo criterio lo aceptó la SCJN, ver nota 19.

extralimita el objeto de la “consulta a trámite”, sino que al proponer criterios específicos de interpretación se desvirtúan las competencias de este Alto Tribunal.²⁵⁰

Estos criterios son similares a los que estableció el Instituto Electoral de Michoacán respecto a la solicitud de la Comunidad de Cherán, dicho órgano señaló que no existía una ley reglamentaria y que no eran competentes para resolver el asunto. Considero que el ministro se equivoca ya que como lo estableció Pedro Sámano en la primera sentencia de amparo la falta de reglamento no puede ser excusa ni pretexto para dejar de aplicar la ley (dejar de aplicar la ley por falta de un reglamento es estar en contravención con los legisladores que aprobaron dicha ley).²⁵¹

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDIVAR LELO DE LARREA... Así pues, si bien comparto absolutamente las primeras dos conclusiones, respetuosamente discrepo de la posición mayoritaria en el tema del carácter orientador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por cuanto hace a los criterios emitidos en aquellos casos en los cuales México no ha sido parte.

.... Ratifica

²⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, Votos particulares, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> , (25/07/2013: 21:30 horas).

²⁵¹ Arizpe Narro, op. cit. 110 , pp. 45 a 48. Dicha sentencia también es visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/28.pdf> , 8/12/2013, 19:00 horas.

Nota: En la sentencia aparece el apellido Zámáno con “Z”, sin embargo Enrique Arizpe Narro señala que de “otros documentos oficiales” se confirma que apellido se escribe con “S”, es decir Sámano.

Ahora bien, por lo que hace al carácter de los criterios emanados del resto de la jurisprudencia interamericana, es decir, de aquellos casos en los cuales el Estado mexicano no haya participado, la mayoría de Ministros consideró que se trata de criterios orientadores. Personalmente, considero que la Suprema Corte debió haberse pronunciado por la obligatoriedad de dichos criterios.

En este sentido, una vez aceptado como lo fue, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para el Estado mexicano y, en especial, para los jueces y tribunales nacionales, resulta muy complicado sostener que sólo es vinculante aquélla que se encuentra *en las sentencias en las que México es parte*, por la sencilla razón que una línea jurisprudencial se va construyendo a lo largo del tiempo en varias sentencias que se encuentran interconectadas.

...

Por todo lo anterior, estimo que este Alto Tribunal debió concluir que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios para México, aún y cuando el Estado mexicano no hubiese sido parte en el caso que les dio origen.²⁵²

²⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, Votos particulares, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf>, (25/07/2013: 21:30 horas).

Nota: Mediante sesión de 3 de septiembre de 2013 la SCJN en una decisión de 6-5, estableció en el asunto **Contradicción de tesis 293/2011** que es “*la obligación de los juzgadores de aplicar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera vinculativa aunque nuestro país no haya sido parte del proceso del que deriva la jurisprudencia interamericana*”, ver páginas 12 y 13, así como notas 21 y 22. Sin embargo considero que mis críticas siguen vigentes ya que éstas desarrollan el problema de una manera más amplia.

Comparto el criterio señalado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea toda vez que un concepto puede tener distintas interpretaciones a lo largo del tiempo, ejemplo de lo anterior es el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Los criterios de la CIDH son dinámicos y evolucionan conforme pasa el tiempo, para interpretar una norma o un tratado internacional tenemos que relacionarlos con el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. “*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)...*”²⁵³ Este *corpus juris* no se puede fragmentar y los criterios de la CIDH se han desarrollado a lo largo del tiempo y en espacios territoriales distintos, muchos de estos criterios han sido desarrollados en muchas sentencias de las cuales el Estado mexicano no fue parte.

El problema con el carácter orientador de las sentencias (de las que el Estado mexicano no haya sido parte es), se explica a continuación. ¿Qué pasa cuando el Estado mexicano es condenado por la CIDH y en la sentencia condenatoria la Corte desarrolla un concepto que crea un criterio interpretativo sobre cierta norma y que posteriormente, en diversa resolución en contra de otro Estado la CIDH reinterpreta dicho concepto haciendo la norma más extensiva y protectora? ¿Qué criterio está obligado a seguir el Estado mexicano en casos subsecuentes? Resultaría absurdo sostener que el Estado mexicano está obligado a aplicar un criterio viejo (pero del que formó parte) a un criterio nuevo y más protector (pero del que no formó parte), cuando se trata de del mismo concepto²⁵⁴ (contenido en la misma norma), desarrollado en tiempos y en espacios territoriales distintos.

²⁵³ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, visible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, párrafo 115, (27 de abril de 2013; 15:00 horas).

²⁵⁴ El concepto es el mismo, sin embargo el contenido del concepto puede hacerse más extensivo.

Sobre el control de convencionalidad el Ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea señaló que *“en este sentido, estimo que habría sido adecuado precisar, de una vez, que el control de constitucionalidad difuso que se aprobó por el Tribunal Pleno resulta obligatorio para todos aquellos jueces y órganos que realicen funciones materialmente jurisdiccionales”*.²⁵⁵ Considero acertado dicho razonamiento ya que no sólo el poder judicial realiza actos jurisdiccionales, pienses por ejemplo en la declaración de procedencia (desafuero) del poder legislativo.

Analizar votos particulares es importante toda vez que en ellos podemos evaluar las inquietudes o los problemas que surgen a raíz de la interpretación de un mismo problema, en el expediente varios 912/2010 se plantearon muchas inquietudes e incluso algunos ministros no estuvieron de acuerdo con el procedimiento. Del análisis el expediente varios 912/2010, podemos advertir que toda vía existe un largo camino que recorrer en materia de DH y que toda vía existen muchos temas que ni si quiera hemos considerado.

²⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, Votos particulares, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> , (25/07/2013: 21:30 horas).

Conclusiones

1.- Al iniciar la presente investigación consideraba que la reforma a la constitución en materia de DH era un tema novedoso, sin embargo, tan pronto emprendí el presente trabajo de investigación, advertí que el tema no tenía nada nuevo. México aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998 y, antes de ese año, nuestro país había suscrito diversos tratados internacionales en materia de DH, por lo que dichos tratados internacionales así como los criterios de la CIDH, eran aplicables desde aquel entonces, a la luz del artículo 133 constitucional. Se equivoca el Ministro Salvador Aguirre Anguiano cuando declaró *“es una posibilidad ‘cero’ de que pueda haber una regresión en materia de derechos humanos... La posibilidad de regresión a épocas de irrespeto a los derechos humanos es cero”*²⁵⁶ y erra el ministro toda vez que la reforma nos regresa hasta año de 1998, fecha en donde se aceptó la competencia de la CIDH. Con lo anterior quiero señalar que muchos de los elementos que consideramos como novedosos a raíz de la reforma a la constitución en materia de DH, ya estaban configurados dentro del ordenamiento normativo nacional a través del artículo 133 Constitucional, sin embargo esta discusión no fue planteada con exaltación en aquel entonces.

2.- Un buen entendimiento de la teoría se refleja en la práctica, la teoría y la práctica no están separadas. La teoría es indispensable para ampliar nuestro campo de referencia, de la misma manera en que es útil para dotarnos de mejores y más eficientes herramientas prácticas. Por ello, es indispensable conocer los fundamentos de los sistemas propuestos en la presente investigación (del positivismo jurídico y otro sistema que además de la norma reconoce la

²⁵⁶ Periódico “canalsonora.com” Hermosillo, Sonora <http://home.canalsonora.com/2012/11/posibilidad-cero-regresion-en-derechos-humanos-ministro-aguirre-anguiano/>, (09/11/2012, 19:30 horas).

Nota: esta noticia ya no está disponible en Internet.

existencia de los principio dentro del ordenamiento normativo), al analizar estas bases nos daremos cuenta que existen herramientas que pueden operarse en un sistema pero resultan inaplicables en el otro. Lo anterior obedece a que las herramientas que utilizamos en la práctica están en consonancia y reflejan una postura teórica que concibe y justifica al derecho de una determinada forma o de otra. Esto es más claro cuando analizamos la teoría, dentro de las herramientas operantes para el positivismo (e inoperantes para un sistema que además de la norma reconoce la existencia de los principios dentro del ordenamiento normativo), encontramos que este sistema aplica el derecho como si se tratara de un silogismo, en el que se piensa que el hecho se puede subsumir en una norma que tiene una condición de aplicación. Además del silogismo también tenemos diversas reglas que operan en caso de conflicto de leyes, entre ellas encontramos: “ley posterior deroga a ley anterior”; “ley especial se aplica sobre ley general”; y “la ley superior tiene más fuerza que la ley inferior”. Ahora bien, si reconocemos la existencia de los principios dentro del sistema normativo, nos daremos cuenta que no podemos subsumir los principios toda vez que estos no tienen una condición de aplicación. De la misma manera nos damos cuenta que si reconocemos la incorporación de los DH dentro de nuestro sistema normativo, comprenderemos que no son aplicables las reglas de “ley posterior deroga a ley anterior”, “ley especial se aplica sobre ley general” y “la ley superior tiene más fuerza que la ley inferior”, toda vez que el criterio que debe ser aplicable es el del principio *pro homine*, es decir, aquel que más beneficie a la persona o aquel que dañe en menor medida la esfera de derechos de la persona, esto tal y como quedo consagrado en el artículo 1 constitucional.²⁵⁷

3.- Los DH al igual que los principios de Dworkin tiene exigencias de tipo moral, sin embargo sería erróneo confundir el desarrollo histórico de los DH con los principios de Dworkin ya que estos tienen un desarrollo histórico y un fundamento conceptual distinto. A pesar de tener un desarrollo histórico y un

²⁵⁷ Nota: mediante sesión celebrada el 3 de septiembre de 2013, la SCJN estableció en la Contradicción de tesis 293/2011, en la que establece límites constitucionales al principio pro homine. Ver páginas 12 y 13, así como notas 21 y 22.

fundamento conceptual distinto, los principios y los DH se funden e incorporan en un sólo sistema que reivindica la existencia de los valores dentro del sistema jurídico.

4.- Los tratados internacionales en materia de DH tiene una naturaleza especial y distinta al resto de los tratados internacionales. Cuando se vulnera un DH implica que se está afectando a una persona física, esto es un problema eminentemente doméstico toda vez que una autoridad nacional está afectando a un gobernado. En contraste el afectado cuando se viola un tratado internacional que tenga una materia distinta a los DH, es otro Estado. La desigualdad que existe en las relaciones entre los gobernados y sus instituciones es distinta a la desigualdad que existe en las relaciones entre Estados.

5.- Si reconocemos la competencia de la CIDH, tenemos que comprender que sus criterios han sido desarrollados a lo largo del tiempo y están en constante evolución. El *corups iuris* del Derecho Internacional en los DH, está integrado por un conjunto de instrumentos diversos (tratados, convenios, resoluciones, declaraciones, etc.) y la interpretación que se haga de estos instrumentos no puede ignorar la evolución posterior del Derecho. Por ello, son deficientes los criterios que estableció la SCJN en las tesis aisladas P. LXV/2011 (9a.)²⁵⁸ y P.LXVI/2011,²⁵⁹ en las que establece que, son obligatorios los criterios de la CIDH cuando el estado mexicano haya sido parte del litigio, mientras que, sólo son

²⁵⁸ SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. Anexo 1.

²⁵⁹ CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Anexo 1.

Nota: Mediante sesión de 3 de septiembre de 2013, la SCJN estableció en la Contradicción de tesis 293/2011, "*la obligación de los juzgadores de aplicar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera vinculatoria aunque nuestro país no haya sido parte del proceso del que deriva la jurisprudencia interamericana*", ver páginas 12 y 13, así como notas 21 y 22.

orientadores aquellos criterios que fueron emitidos en controversias en donde estado mexicano no haya sido. Estos criterios emitidos por la SCJN son deficientes toda vez que su criterio para establecer la obligatoriedad de los criterios emitidos por CIDH, no atienden a la evolución progresiva del derecho.

6.- Existe una correlación entre la aceptación de la competencia de la CIDH (y por consiguiente la suscripción de diversos tratados internacionales en materia de DH) y la democratización de nuestro país.²⁶⁰ Ante tal planteamiento es de suponerse que la función jurisdiccional también está inmersa dentro de este cambio democratizador que implican los DH. Si aceptamos las premisas anteriores cabe plantearse ¿de qué manera se puede democratizar al poder judicial y cuál sería el propósito de esta democratización. El manual de lenguaje ciudadano,²⁶¹ señala que *“una nueva forma de gobernar exige nuevas formas de comunicarnos”*,²⁶² dicho manual establece que existe una relación directa entre un lenguaje claro con transparencia y el mejoramiento de la confianza del ciudadano en sus instituciones. A través del lenguaje, la función jurisdiccional puede democratizarse. Resultaría lesivo para la función jurisdiccional que los jueces fueran elegidos por el pueblo ya que los jueces podrían sucumbir ante las pasiones del electorado y desatender su función de impartir justicia con imparcialidad, sin embargo, resulta claro que es necesario que los jueces se comuniquen de una forma distinta con los gobernados. La democracia implica transparencia y la transparencia también se relaciona con claridad en los términos del lenguaje. Un lenguaje claro tiene el propósito de que el justiciable entienda la sentencia que le afecta sin intermediario alguno.²⁶³ No existe pretexto alguno para

²⁶⁰ Becerra Ramírez, Manuel (coord.), op. cit., nota 88, p. 318.

²⁶¹ Manual del lenguaje ciudadano, op. cit., nota 182, p. 3.

(Nota: la primera edición ya no es visible en internet).

²⁶² Ídem.

²⁶³ El lenguaje ciudadano no implica escribir para que todo el mundo entienda sino que busca formular de forma clara y sencilla mensajes concretos para que el ciudadano a quien va dirigido el escrito obtenga la información que necesita.

que un gobernado que sepa leer y escribir no entienda la sentencia que le afecte su esfera de derechos.

7.- Este cambio en las formas del lenguaje implica también un cambio en la actitud (o en el tono) del lenguaje. Si bien el modelo aplicativo positivista es cerrado y aplica la ley como si se tratara de un silogismo, tenemos que explorar modelos de lenguaje distintos que tengan la finalidad de acercar a los gobernados con sus instituciones y acortar la brecha estructural que existe entre ambos. Esto es, transitar de un modelo vertical a uno horizontal a través del lenguaje. Existe una diferencia entre el poder duro y el poder blando,²⁶⁴ mientras el primero impone coercitivamente, el segundo es sutil y conciliador e intenta convencer, estas nociones de poder duro y poder blando también las podemos utilizar en el derecho (resulta claro que si se intenta conciliar o convencer se tiene que acercar a las partes en un ambiente de equidad). Las formas en que utilizamos en lenguaje se relacionan directamente con la actitud que tenemos hacia el receptor (tenemos que recordar que *la forma es fondo*),²⁶⁵ mientras que el modelo positivista es cerrado e impositivo,²⁶⁶ el nuevo sistema ofrece la oportunidad de acortar la brecha entre gobernados y sus instituciones.

8.- Analizar casos reales es importante ya que en ellos podemos apreciar con mayor facilidad la estructura de pensamiento que emplean los jueces para resolver los problemas jurídicos que les son planteados. Al analizar casos reales podemos apreciar claramente la concepción que los jueces tienen del derecho, ya que ésta se advierte en los tipos de argumentos y herramientas que utilizan para resolver los casos en concreto. Por ello es importante conocer y dominar la teoría,

²⁶⁴ Estos conceptos fueron acuñados para describir las relaciones internacionales.

²⁶⁵ La frase es de Jesús Reyes Heróles. <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/351009.la-forma-es-fondo.html>, 10/12/2013, 19:00 horas.

²⁶⁶ Basta recordar a Kelsen y la coacción, ver en Atienza, Manuel, op. cit., nota 1, p. 300.

ya que un buen dominio de la teoría nos da herramientas prácticas a la hora de enfrentarnos con la realidad. El derecho no sólo tiene una definición, sino que es un campo abierto en donde diferentes propuestas y explicaciones siguen en debate. Conocer las diferentes concepciones y propuestas del derecho amplía nuestro campo de referencia y conocimiento sobre el mismo. No tenemos que sujetarnos a una sola postura, sino que tenemos que conocer las ventajas y desventajas de las diferentes concepciones y propuestas, de esta manera podemos ampliar nuestro campo de referencia y nuestro conocimiento y sólo así podremos desarrollar un concepto propio (personal) sobre qué es el derecho.

9.- Existe un panorama incierto en cuanto a la efectividad y el respeto por los DH, si bien existen muchas leyes que protegen nuestros derechos en la realidad observamos que las autoridades no respeta nuestros derechos más elementales. En el capítulo cuarto se analizó el caso Radilla y se explicó que en 1974 Rosendo Radilla Pacheco fue secuestrado por militares y nunca más se volvió a saber de su paradero; como consecuencia de lo anterior el 23 de noviembre de 2009 la CIDH condenó al Estado mexicano por la violación de diversos derechos. Sin embargo este incidente no es el único en la historia de nuestro país, ya que el Estado mexicano sigue cometiendo las mismas violaciones. El 12 de agosto de 2013 el periódico La Jornada publicó: *“la CIDH admite a revisión el caso de desaparición forzada de 3 primos”*,²⁶⁷ esta desaparición tuvo lugar en un retén militar el 29 de diciembre de 2009, en el municipio de Buenaventura, Ciudad Juárez, Chihuahua, lo que nos recuerda mucho el caso de Rosendo Radilla. De poca cosa sirve un catálogo amplio de DH si las autoridades no respetan los derechos más básicos del ser humano.

²⁶⁷ Periódico La Jornada, <http://www.jornada.unam.mx/2013/08/12/politica/007n2pol>, (12/08/2013 14:00 horas) y, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, Medidas Provisionales Respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Asunto Alvarado Reyes y otros, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/alvarado_se_01.pdf, (19/08/2013 1125:00 horas).

Propuestas.

1.- Revisar los criterios contenidos en las tesis aisladas con número de registro: P. LXV/2011 (9a.), de rubro “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO” y; P.LXVI/2011 de rubro “CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.²⁶⁸ Estos criterios resultan confusos y deficientes ya que establecen una distinción respecto de los criterios vinculantes y orientadores en función de si nuestro país fue parte o no en un litigio. El defecto que tienen estas tesis aisladas es que no consideran la evolución y la progresividad del Derecho Internacional de los DH. El *corpus iuris* en materia de DH se desarrolla a lo largo del tiempo y en espacios territoriales distintos del continente americano, sin embargo se trata de un sólo sistema que continua perfeccionándose y evolucionando constantemente.

Se propone redefinir dichas tesis para establecer lo siguiente: Un criterio es vinculante siempre y cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie respecto de un criterio que interprete disposiciones o principios contemplados en un tratado internacional ratificado por nuestro país y, siempre en consideración a la evolución y a la progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁶⁸ Anexo 1.

Nota: estos criterios ya han sido superados, en sesión de 3 de septiembre de 2013, la SCJN estableció en la Contradicción de tesis 293/2011: “la obligación de los juzgadores de aplicar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera vinculatoria aunque nuestro país no haya sido parte del proceso del que deriva la jurisprudencia interamericana”, ver páginas 12 y 13, así como notas 21 y 22. Sin embargo considero que la propuesta sigue siendo vigente toda que es necesario explicar que un criterio es vinculante debido a de progresividad del Derecho Internacional de los DH, en los términos señalados por el punto número 1 de la propuesta.

2.- Crear una jurisprudencia que establezca una jerarquía entre los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Se propone que dicha jurisprudencia señale que: Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos tienen una naturaleza especial y distinta al resto de los tratados internacionales suscritos por nuestro país.²⁶⁹

3.- Emplear el lenguaje ciudadano en las sentencias que dicten los jueces.

²⁶⁹ Flores, Imer B., "Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis", *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Número 13, Julio-Diciembre, Año 2005, pp. 235-249, <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2145>, (11/12/2013, 14:00 horas).

Anexo 1

(Jurisprudencias con motivo del caso Radilla y otras relacionadas con los dh)

Época: Décima Época

Registro: 160482

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. LXV/2011 (9a.)

Página: 556

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones

interpretativas formuladas por el Estado Mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Nota:

En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 283/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 286/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Época: Décima Época

Registro: 160584

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. LXVI/2011 (9a.)

Página: 550

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

Varios 912/2010. 14 de de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Nota:

En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 283/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 286/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Época: Décima Época

Registro: 160488

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. LXXI/2011 (9a.)

Página: 554

RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13

constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Época: Décima Época

Registro: 2002000

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.)

Página: 799

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2357/2010. Federico Armando Castillo González. 7 de diciembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.

Amparo directo en revisión 772/2012. Lidia Lizeth Rivera Moreno. 4 de julio de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

Amparo directo 8/2012. Arrendadora Ocean Mexicana, S.A. de C.V. y otros. 4 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de octubre de dos mil doce.

Nota: Por ejecutoria del 9 de octubre de 2013, el Pleno declaró sin materia la contradicción de tesis 26/2013 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Época: Décima Época

Registro: 2000206

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. XIII/2012 (10a.)

Página: 650

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

El Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas.

Amparo en revisión 168/2011. Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, A.C. y otra. 30 de noviembre de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Época: Décima Época

Registro: 2000263

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.)

Página: 659

PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.

El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro personae que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

Amparo directo en revisión 2424/2011. Ma. Guadalupe Ruiz Dena. 18 de enero de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

Criterios más recientes (no vinculados con el caso Radilla).

Época: Décima Época

Registro: 2006179

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 11 de abril de 2014 10:09 h

Materia(s): (Común)

Tesis: 1a. CXLII/2014 (10a.)

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. LA DETERMINACIÓN DE SI ESTÁN CUMPLIDAS ES UNA FACULTAD EXCLUSIVA DE ESE ÓRGANO, POR LO QUE NO ES CUESTIÓN JUSTICIABLE EN EL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO ABROGADA).

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el Poder Judicial de la Federación, aun en ejercicio de sus poderes de control constitucional, no está facultado para pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano. Esta calificación de no justiciabilidad en sede interna no rompe con la coherencia del modelo de Estado Constitucional, pues no implica el reconocimiento de una categoría de casos impune al escrutinio de los derechos humanos; por el contrario, justamente, su reconocimiento conlleva el respeto a un diseño institucional reconocido constitucionalmente que da cabida a un medio internacional de protección de los derechos humanos, por lo que al existir un obstáculo técnico, cuya teleología es evitar una inapropiada interferencia del Poder Judicial de la Federación en un diseño supranacional, cuando se impugne la omisión de las autoridades de dar cumplimiento a la sentencia de dicho tribunal, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo abrogada, en relación con la fracción I del artículo 103 de la Constitución Federal, interpretado este último a contrario sensu.

Amparo en revisión 375/2013. Jorge Castañeda Gutman. 27 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo formularon voto concurrente, en los que manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Jesús Rojas Ibáñez y David García Sarubbi.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de abril de 2014 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2006180

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 11 de abril de 2014 10:09 h

Materia(s): (Común)

Tesis: 1a. CXLIII/2014 (10a.)

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES DERIVADAS DE AQUELLAS CUYO CUMPLIMIENTO PUEDE ANALIZARSE EN EL JUICIO DE AMPARO.

El artículo 103, fracción I de la Constitución Federal establece que el juicio de amparo procede contra normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y las garantías otorgadas para su protección; del que se deriva que el juicio constitucional requiere para su procedencia no sólo de la existencia de un acto de autoridad (positivo o negativo) o de una norma jurídica del que se pueda predicar una probable violación a los derechos humanos, sino que además se trate de un acto de autoridad apto para su conocimiento judicial. Excepcionalmente, no se actualiza esta propiedad de justiciabilidad cuando la Constitución otorga claramente la determinación de una cuestión a una de las ramas u órganos políticos, o determinados órganos especializados para ser resuelta por criterios de oportunidad o de especialidad. No tomar ello en consideración implicaría, por parte del Poder Judicial mexicano, sustituirse en esas facultades de apreciación y arriesgar la racionalidad constitucional de un determinado diseño institucional. Esta categoría de casos es sumamente excepcional y esta Suprema Corte se niega a encontrar especies del mismo de manera ordinaria, salvo que satisfagan contundentemente las notas constitutivas de dicha categoría y no se genere una incoherencia al interior del modelo de estado constitucional, lo cual requiere un análisis casuístico. Así, los actos de autoridad cuyo escrutinio implique indefectiblemente un pronunciamiento simultáneo sobre la interrogante de si una sentencia de la Corte Interamericana está cumplida o no constituye un "núcleo duro" de una cuestión no justiciable en sede interna, por las razones ya expuestas. No obstante, a medida que existan actos que se alejen de este punto fijo, de manera casuística, las juezas y los jueces de amparo deben determinar si esta potencial intromisión en el ejercicio de facultades especiales atribuidas con exclusividad a un órgano internacional se diluye al grado de verse derrotada por el principio pro actione y, por tanto, por la procedencia del juicio constitucional. La exigencia de justiciabilidad se robustecerá a medida que el análisis de los actos reclamados no exija de los jueces constitucionales responder a la interrogante de si la sentencia internacional está o no cumplida, sino exija la respuesta de cuestiones incidentales o indirectas y del acto reclamado

dependa la satisfacción de un derecho del quejoso -por ejemplo, actos reclamados por la víctima declarada y/o beneficiaria de reparaciones-.

Amparo en revisión 375/2013. Jorge Castañeda Gutman. 27 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo formularon voto concurrente, en los que manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Jesús Rojas Ibáñez y David García Sarubbi.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de abril de 2014 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2006181

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 11 de abril de 2014 10:09 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 1a. CXLIV/2014 (10a.)

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. TODAS LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MEXICANO, INCLUYENDO EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, DEBEN ACATAR LO ORDENADO EN AQUÉLLAS.

El Poder Judicial de la Federación tiene la obligación de acatar una orden que le incumba por estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional, como sería el caso de juzgar a los perpetradores de violaciones de derechos humanos declaradas por el organismo internacional. Así, conforme a las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por México, todos sus Poderes deben cumplir con lo ordenado en las sentencias emitidas contra el Estado Mexicano. Esto tiene su fundamento en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece el principio *pacta sunt servanda*, y que prescribe que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y, para el caso específico del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que los Estados Parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todo caso en que sean partes.

Amparo en revisión 375/2013. Jorge Castañeda Gutman. 27 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo formularon voto concurrente, en los que manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Jesús Rojas Ibáñez y David García Sarubbi.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de abril de 2014 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Anexo II

(Amparo 42/2013 del Cuaderno Auxiliar, del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.)

Vistos, para resolver, los autos del presente juicio de amparo, y,

RESULTANDO:

1. Por escrito presentado el 14 de noviembre de 2012, ***** promovió juicio de amparo contra actos del Juzgado Trigésimo Primero de lo Familiar del Distrito Federal, entre otras autoridades, del que reclamó la orden de arresto librada en su contra en el juicio ***** de su índice.

2. De la instancia de control constitucional tocó conocer al **Juzgado Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal**, que la tramitó bajo el número de expediente anotado en el encabezado de esta determinación; después de la celebración de la audiencia constitucional remitió los autos al órgano jurisdiccional que ahora resuelve.

3. Recibidos los autos por este Juzgado Federal, sin abrir cuaderno de antecedentes, se ordenó registrar en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes con el número de cuaderno auxiliar **42/2013**.

CONSIDERANDO:

I

Competencia.

4. Este Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región es competente para conocer del presente asunto, pues ejerce jurisdicción en toda la República y en todas las materias, de conformidad con los artículos 103, fracción I y 107, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 114 de la Ley de Amparo; 48 y 81, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, este último en relación con el punto quinto, inciso 2 y último párrafo del Acuerdo General 17/2012 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal¹, así como en el oficio **SECJACNO/CON/163/2013**, suscrito el 16 de enero de 2013 por el Secretario Ejecutivo de Carrera

¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2012.

Judicial, Adscripción y Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal².

II

Fijación de la litis.

5. Del análisis integral de la demanda, en términos del artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo, se advierte que el acto reclamado y autoridades responsables son las siguientes:

6. **a)** La orden de arresto dictada en contra de la quejosa el 31 de agosto de 2012, por el Juez Trigésimo Primero de lo Familiar del Distrito Federal, en el juicio *****;

7. **b)** La ejecución del mandato precisado en el punto que antecede, atribuido al Secretario de Seguridad Pública, así como al Subdirector de Mandamientos Judiciales y Apoyos Oficiales (denominación correcta), ambos del Distrito Federal.

III

Certeza de los actos reclamados.

8. Son ciertos los actos reclamados al Juez Trigésimo Primero de lo Familiar del Distrito Federal, según se advierte de las constancias que anexó la autoridad responsable en su informe con justificación (fojas 39 y 40).

9. También son ciertos los actos de ejecución de la orden de arresto reclamados al Secretario de Seguridad Pública, así como al Subdirector de Mandamientos Judiciales y Apoyos Oficiales, ambos del Distrito Federal; lo anterior no obstante que tales funcionarios hayan negado su existencia, en virtud que la autoridad judicial ordenadora aceptó haber emitido la orden de arresto impugnada y corresponde a las autoridades policiales llevarlas a cabo.

10. Máxime que a foja 274 del anexo 5 obra el acto reclamado que, en la parte que interesa para desvirtuar la negativa de las ejecutorias, dice:

² Comunicado que, en la parte que interesa, dice: "... (se) *determina otorgar el auxilio al Juzgado Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal...*"

“... al efecto, gírese atento oficio al C. Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal (Subdirección de Mandatos Judiciales), a fin de que proceda hacer efectivo el arresto impuesto a la C. *****”.

IV

Hechos relevantes

11. Las constancias relevantes para resolver el presente juicio son las que se resumen a continuación³:

12. **A)** Por escrito presentado el 21 de septiembre de 1988, la ahora quejosa ***** denunció la sucesión intestamentaria a bienes de su difunto esposo ***** (fojas 1 y 2 del anexo 1).

13. **B)** Interlocutoria de 23 de enero de 1989, que en sus puntos resolutivos establece:

“PRIMERO. Se declaran como únicos y universales herederos de la presente sucesión a bienes de ***** , a sus hijos ***** y ***** , de apellidos ***** ...”

“SEGUNDO. Se reconoce a la cónyuge supérstite el cincuenta por ciento de los gananciales a que tiene derecho dicha persona de nombre ***** , hoy viuda de ***** , por haber contraído su matrimonio con el autor de la sucesión bajo el régimen de sociedad conyugal.” (fojas 58 y 59 del anexo 1).

14. **C)** El 1 de junio de 2011, la aquí tercero perjudicada (e hija de la solicitante de amparo) ***** , en su carácter de heredera de la sucesión promovió incidente de remoción de albacea; en el escrito correspondiente señaló los siguientes hechos:

“3. El día 28 de febrero de 1989 se designó como albacea de la sucesión indicada al rubro, a la señora ***** , a quien en esta misma fecha se le hizo el discernimiento del cargo”.

...

“5. ... sin embargo, como se ha mencionado, hasta fecha no se ha formulado inventario alguno. Es decir, el albacea

³ Documentales a las que se concede pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles

*tiene 22 años 3 meses, aproximadamente, sin formular inventario en la presente sucesión; por lo tanto, al no formular el inventario, tampoco ha rendido cuentas de su administración, ni mucho menos ha presentado la propuesta de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios y el pago bimestral que debe hacer a los herederos; por lo tanto, al haber omitido la señora ***** la formación de dicho inventario y avalúos, deberá ser removida de su cargo ...”* (fojas 1 y 2 del anexo 2).

15. **D)** Audiencia de 20 de febrero de 2012, en la que la ahora quejosa ***** compareció ante el Juzgado responsable; al verter sus generales en la diligencia, la agraviada señaló tener **ochenta y siete años de edad** (foja 136 del anexo 2).

16. **E)** Resolución interlocutoria de 3 de mayo de 2012, cuyos puntos resolutivos establecen:

“PRIMERO. Ha procedido la vía incidental ...”

*“SEGUNDO. Se decreta la remoción del cargo de albacea que hasta la fecha ha venido desempeñando la C. ***** ... a quien se le requiere mediante notificación personal para que en el término de diez días ... rinda cuentas de su albaceazgo, por todo el tiempo que duró en el cargo de albacea ...”* (fojas 150 a 154).

17. **F)** Después de varios requerimientos a la ahora quejosa ***** para que rindiera cuentas de su albaceazgo, sin que ésta hubiese acatado las determinaciones judiciales, a pesar de que se le impusieron varias multas, la tercero perjudicada ***** (hija de la agraviada) solicitó se impusiera a su madre un arresto de 36 horas, *“... a fin de que se le obligue a rendir cuentas...”* (fojas 243 y 244).

18. **G)** A la petición reseñada en el inciso que antecede recayó el auto de 28 de agosto de 2012, por el cual se le impuso a la aquí quejosa ***** una multa equivalente a setenta días de salario mínimo; asimismo, la autoridad judicial requirió de nueva cuenta a la peticionaria para que en el término de tres días rindiera cuentas de su administración de su albaceazgo, apercibida que de no cumplir con dicho mandato se le impondría, como cuarta medida de apremio, un arresto de doce horas (fojas 245 y 246 del anexo 2).

19. **H)** Auto de 31 de octubre de 2012, que constituye el acto reclamado en esta instancia de control constitucional, que en lo conducente dice:

*“A sus autos el escrito de cuenta de *****, atento a su contenido, se le tienen por hechas sus manifestaciones, y tomando en consideración que la C. ***** (quejosa en este juicio de amparo) no rindió las cuentas de su albaceazgo ... y tomando en consideración que los elementos particulares de la antes mencionada que constan en autos, específicamente de la audiencia incidental ... (que) en sus generales manifestó ser de **ochenta y siete años** ... cuyos elementos particulares el suscrito estima que tiene pleno conocimiento de los alcances del requerimiento que se le está haciendo, por lo que en esa tesitura se le hace efectivo el apercibimiento ... y **se le impone un arresto de doce horas** ...”* (foja 274 del anexo 2).

V

Estudio de fondo

20. La parte quejosa manifestó que la orden de arresto es violatoria del artículo 14 de la Constitución Federal.

21. El concepto de violación, suplido en su queja deficiente⁴, es fundado.

⁴ Suplencia que opera en términos de la jurisprudencia P./J. 16/98 (IUS 196877) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo VII, Febrero de 1998, página 34, que a la letra dice: **“ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE CUANDO SE RECLAMA EN AMPARO.** El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado diversos criterios procesales y sustantivos en torno a la imposición del arresto como medida de apremio, cuando se impugna en el juicio de garantías, bajo la consideración fundamental de que si bien dicho acto es de naturaleza formalmente civil, de conformidad con la autoridad jurisdiccional que lo ordena, también ha atendido, de manera preponderante, al estado de privación de la libertad personal del gobernado a que se expone con su ejecución, privación que se ha estimado como de protección superior, jurídica y axiológicamente. Por tanto, como la suplencia de la queja deficiente en materia penal, prevista en el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, opera aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios del quejoso, siendo su finalidad proteger la libertad personal y otorgar seguridad jurídica a los gobernados, a través del dictado de una resolución de amparo que examine, de manera completa y acuciosa, el acto mediante el cual se ha ordenado dicha privación de la libertad, debe concluirse que en los juicios de amparo en que aparezca como acto reclamado la imposición del referido arresto como medida de apremio, deberá

22. El artículo 1º, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otras razones, por la edad de los ciudadanos, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

23. A pesar de que el concepto de dignidad humana a que se hizo referencia con anterioridad está relacionado con la prohibición de discriminación, es decir, el derecho de igualdad, ello no significa que sólo pueda usarse en tan restringido ámbito; por el contrario, la dignidad humana permea todo el catálogo de derechos humanos previstos por la Carta Magna y debe de ser un parámetro que el juez constitucional debe de tomar en consideración al analizar cualquier acto de autoridad que es sometido a su jurisdicción.

24. La anterior interpretación encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad, sin que dicho pacto internacional limite la tutela de la dignidad a un solo aspecto (por ejemplo, la prohibición de la tortura o la libertad de expresión), sino que, por el contrario, es expansivo a los demás derechos fundamentales por la simple razón que la dignidad de las personas es la razón de ser y existir de los derechos fundamentales.

25. En efecto, el Poder Judicial de la Federación ha determinado que: *“La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna”*.⁵

26. Precisado lo anterior, debe destacarse la particular situación de la peticionaria de amparo, que tiene **ochenta y siete años**

suplirse la queja deficiente aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios del afectado, con fundamento en lo dispuesto en la fracción VI del invocado precepto legal, que resulta aplicable a los actos reclamados en materia civil.”

⁵ Criterio visible en la jurisprudencia I.5o.C. J/31 (9a.) (IUS 160869), sustentada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10ª época, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, página 1529, del rubro **“DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.”**

de edad⁶; de igual manera, el acto reclamado consiste en una orden de arresto por doce horas, que habrá de ejecutarse en su contra por autoridades policiales y a compurgarse en un centro de detenciones administrativas del Distrito Federal.

27. Como podemos advertir estamos en presencia de una persona de edad avanzada (la quejosa). Los adultos mayores, al igual que todos los ciudadanos, deben de ser protegidos contra acciones que vulneren su dignidad, reconocida no sólo a nivel constitucional, sino también por la Organización de Naciones Unidas⁷ que emitió los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, que en su punto 18 establece que las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

28. Sobre este punto es de resaltar lo señalado en la observación general número 6 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas⁸: *“La terminología utilizada para identificar a las personas de edad es muy variada, incluso en documentos internacionales: personas mayores, personas de edad avanzada, personas de más edad, tercera edad, ancianos y cuarta edad para los mayores de 80 años. ... Otra cuestión importante es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Ni el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. En vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, esta omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron esos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era evidente o tan urgente como en la actualidad”*.

29. En ese orden de ideas, el artículo 3º, fracción I, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores precisa que para los efectos de dicha norma se entenderá por personas adultas mayores

⁶ Según se advierte de lo señalado en el inciso D) del considerando de antecedentes relevantes y que fue reconocido por el Juez responsable en el acto reclamado, como se aprecia en la cita textual hecha en el inciso H).

⁷ Aprobados por resolución 46/91 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991.

⁸ 13º periodo de sesiones, 1995.

aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional. La misma norma, en su numeral 5º, fracción I, inciso d), enuncia que son derechos de las persona mayores el respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual.

30. Por su parte, el inciso a) de la fracción II del precepto legal citado en último término establece que los adultos mayores deben tener **un trato digno y apropiado** en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados; esta norma, interpretada ampliamente, como dispone el artículo 1º, segundo párrafo, de la Carta Queretana de 1917, **no** debe restringirse sólo a las causas o procedimientos penales (pues hace referencia a agraviados, indiciados o sentenciados, que son vocablos comunes a dicha materia), sino extenderse a **cualquier** acto judicial, como expresamente dispone la norma, es decir, a procesos civiles, familiares, administrativos, etcétera, en los que se vea involucrado un adulto mayor.

31. La protección a los adultos mayores tiene por objeto paliar una triste realidad nacional, que es el abandono o abuso que sufren por parte de sus familiares y de la sociedad en general. De esta manera, por mandato constitucional, corresponde a todos los órganos del Estado velar por su integridad física y emocional; obligación que adquiere una mayor relevancia en sede constitucional, ya que esa es la función inmanente de los tribunales del Poder Judicial de la Federación: tutelar los derechos humanos consagrados en el texto constitucional, tratados internacionales y leyes ordinarias, ya sea frente a las actuaciones del Estado o de otros particulares.

32. En ese orden de ideas, a efecto de salvaguardar la dignidad de las personas adultas mayores en un proceso judicial, deben de tomarse en consideración cuestiones relativas a su persona, entre las que se encuentran la edad y salud, factores que en ningún momento puede pasar por alto el juzgador. Por ejemplo, el artículo 55 del Código Penal Federal⁹ establece, entre otras cosas, que cuando la orden de

⁹ “ARTICULO 55.- Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social.”

aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado. De esta manera, el legislador reconoció la necesidad de dar un trato distinto a los adultos mayores de cierta edad, otorgándole un beneficio que no se da al resto de la población, a efecto de salvaguardar su integridad física y emocional.

33. Tratándose de medidas de apremio previstas en normas legales se les deben aplicar aquellas que sean **apropiadas a su edad**.

34. Por ejemplo, una multa impuesta a un adulto mayor contumaz a acatar una decisión judicial, que se encuentre dentro de sus posibilidades económicas, no será violatoria de su dignidad y, por tanto, no será violatoria de derechos humanos. Por el contrario, ordenar el arresto de un adulto mayor que se encuentra en la cuarta edad (80 años de edad o más) sí atentará contra su dignidad, debido a la angustia emocional que implica a cualquier persona el ser detenido por elementos policiales, la cual se agrava tratándose de personas de edad avanzada.

35. De igual manera, serán internados en una instalación administrativa, probablemente sin acondicionar para resguardar adultos mayores. Aun cuando se tomaran las medidas necesarias para salvaguardar su salud física en los separos (como sería llevarlo a la unidad médica), el hecho de ser separado de su hogar, el lugar que conoce, con el que se identifica y en el que hace su vida diaria, será un detonante para su salud emocional, lo cual no puede ser permitido por este Juzgado Federal.

“No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que revele su peligrosidad social, ni los inculcados por las conductas previstas en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

“En todo caso la valoración por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos.”

“Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesario que se compurgue dicha pena, a excepción de los sentenciados por las conductas previstas en el artículo 9 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en todo caso deberán cumplir la pena impuesta.”

“En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

36. Todo lo anterior nos permite concluir que una orden de arresto librada en contra de un adulto mayor de la cuarta edad, en el caso concreto de ochenta y siete años, por sí misma es violatoria de la dignidad humana de aquél y, por lo tanto, atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en el Texto Fundamental.

37. Lo anterior no implica que todas las órdenes de arresto dictadas en contra de adultos mayores en términos de ley, es decir, mayores a 60 años, sean inconstitucionales, pues una persona de 60, 65 o 70 años, válidamente, puede afrontar ser privado de su libertad con base en una medida de apremio judicial, pues tiene suficiente fuerza física para soportar el arresto impuesto y sentirá una angustia mental equiparable a la que cualquier mayor de edad lo haría. En dado caso, ello será motivo de análisis, caso por caso, de la autoridad judicial correspondiente.

38. En las relatadas circunstancias, al haber resultado fundados los conceptos de violación esgrimidos por la parte quejosa, se impone conceder el amparo solicitado contra actos del Juez Trigésimo Primero Familiar del Distrito Federal, consistentes en la orden de arresto dictada el 31 de octubre de 2012, en el juicio ***** de su índice, para el efecto que la responsable deje insubsistente el acto reclamado.

39. Concesión de amparo que se hace extensiva respecto de los actos de ejecución reclamados al atribuido al Secretario de Seguridad Pública, así como al Subdirector de Mandamientos Judiciales y Apoyos Oficiales, ambos del Distrito Federal.

VI

Providencias finales.

40. Con fundamento en el punto quinto, incisos 6 y 7, del Acuerdo General 10/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, devuélvanse los autos al órgano jurisdiccional que conoció del expediente para que tenga a bien notificar la presente resolución y continuar con la tramitación del asunto.

41. Solicítese al Juzgado de origen que tenga a bien ordenar la emisión del acuse de recibo correspondiente; asimismo, se sirva girar las instrucciones necesarias para informar a este órgano de control

constitucional si la presente determinación causó ejecutoria o, en caso de haber sido impugnada, el sentido de la resolución del Tribunal de Alzada.

42. Finalmente, realícense los registros correspondientes en el Sistema Integral para el Seguimiento de Expedientes (SISE), dándolo por concluido y archivado de manera definitiva, toda vez que el auxilio prestado al Juzgado de origen concluyó con la emisión de la presente determinación.

Por lo expuesto y fundado en el artículo 77, fracciones II y III, de la Ley de Amparo se **RESUELVE**:

ÚNICO. La Justicia de la Unión **ampara y protege** a ***** en contra de los actos, autoridades, por las razones y para los efectos precisados en el considerando V.

Cúmplase.

Así lo resolvió Carlos Alfredo Soto Morales, Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, en apoyo al órgano de control constitucional de origen, hasta el **uno de febrero de dos mil trece**, en que lo permitieron las labores del Juzgado, ante el Secretario José Luis García Martínez.

Proyectó: CASM/María Eugenia Victoria Hernández Fernández
v. 9/1/2013

La presente foja es parte final de la sentencia dictada en el juicio de amparo ***** . Doy fe.

Bibliografía

Arizpe Narro, Enrique, *La primera Sentencia de Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p.p. 69.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2012, p.p. 340.

_____, *Las razones del derecho; Teorías de la argumentación jurídica*, primera reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.p. 246.

Ayer, Alfred J., (comp.), *El Positivismo Lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p.p. 412.

Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p.p. 346.

_____, "Introducción. Veinticinco años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un vida fructífera y un futuro prometedor", en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. IX-XXV.

_____, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p.p. 317- 336.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, 3a reimpresión, trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p.p. 138.

Bouzas, Ortiz, Alfonso (coord.) *Epistemología y Derecho*, México, UNAM, 2007, p.p. 353.
<http://ru.iiec.unam.mx/1426/1/EPISTEMOLOG%C3%8DA%20Y%20DERECHO.pdf>
(3 de julio 2013; 18:43 horas).

Cáceres, Enrique, et al (Coordinadores), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p.p. 943.

_____, “Las ‘teorías jurídicas’ como realidades hermenéuticas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 103, Enero - Abril 2002, Nueva Serie Año XXXV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p.p. 27-62, visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/103/art/art2.htm>, (17/03/2014: 16:30).

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, tercera reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.p. 238.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Evolución y perspectivas de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p.p. 1-22.

Corbetta, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, trad. Marta Díaz Ugarte y Susana Díaz Ugarte, España, McGraw-Hill, 2007, p.p. 422.
<http://es.scribd.com/doc/55144136/Metodologia-y-tecnicas-de-investigacion-social-Piergiorgio-Corbetta#download> (3 julio 17:30 horas).

Copi M., Irving y Cohen, Carl, Aldo, *Introducción a la Lógica*, Trad. Rangel, Sandoval Jorge Alejandro, Segunda edición, Ed. Limusa, México, 2011, p.p. 808.

Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, trad. Fernando Vallespín, Argentina, Taurus, 1999, p.p. 246.

De la Oliva Santos, Andrés, *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p.p. 209.

Fix Zamudio, Héctor, “Perspectivas y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p.p. XLIII-LXXVI.

Flores, Imer B., “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres, Enrique, et al (Coordinadores), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 173-194.

_____, “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho” en autores varios, *LA CIENCIA DEL DERECHO DURANTE EL SIGLO XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 999-1027.

_____, “¿Es es derecho un modelo aplicativo?”, en Arriola Cantero, Juan Federico y Rojas Amandi, Víctor (Coord.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, pp 264.

García Ramírez, Sergio, “Actualidad y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. XXVII-XLI.

Iglesias, Juan, *Miniaturas histórico-jurídicas*, 2a ed., España, Ariel, 2003, p.p. 189.

Kant, Immanuel, *Teoría y praxis*, http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/K/Kant,%20Inmanuel%20-%20Teoria%20y%20praxis.pdf , (19/08/2013 18:22 horas).

Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a ed., 2a reimpresión, trad. Carlos Solís, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p.p. 360.

Nietzsche, Friedrich, Sobre verdad y mentira en sentido extramoral, visible en, www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf, 19/01/2014, 19:12 horas.

Rábago Dorbecker, Miguel, “El avance de los Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 223-271.

Recasens Siches, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 17a ed., México, Porrúa, 2003, p.p. 717.

Ruiz Manero, Juan, y Schmill, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p.p. 124, visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2400> (30/08/2013 19:17 horas).

Saldaña, Javier, “Reglas y principios. A propósito del origen y contenido de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*” en Cáceres, Enrique, et al (Coordinadores), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p.p. 629-667.

Squella, Agustín, *Norberto Bobbio: Un hombre fiero y justo*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.p. 274.

Stuart Mill, John, *Sobre la Libertad*, trad. Pablo de Azcárate, España, Alianza, 1970, p.p. 207.

Suárez y López Guazo, Laura Luz, "Epistemología, conocimiento ideología y papel social del conocimiento científico", en Bouzas, Ortiz, Alfonso (coord.) *Epistemología y Derecho*, México, UNAM, 2007, p. 59. Visible en <http://ru.iiec.unam.mx/1426/1/EPISTEMOLOG%C3%8DA%20Y%20DERECHO.pdf> , (3 de julio 2013; 18:43 horas).

Torres Soriano, Manuel R., "El poder blando: ¿una alternativa a la fuerza militar?", en *Política y Estrategia*, N° 100, 2005, visible en http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mrtorsor/profesor/1214213043213_el_poder_blando._una_alternativa_a_la_fuerza_militar.pdf , (29/08 20:27 horas).

Varó Peral, Ángels. *Algunas teorías éticas occidentales*, Visible en www.nodo50.org/filosofem/IMG/pdf/etica4c.pdf

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 10a ed., trad. Marina Gascón, Fernández Ciudad, S.L., Trotta, 2011, p.p. 156.

Revistas

Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, número 26, 2003, p.p. 225 a 238, <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml> , (18/04/ 2012 14:30 horas).

Careaga, Alejandro Alfredo, "El teorema de Gödel", *Hipercuadernos de Divulgación Científica*, México, UNAM, 2002, <http://www.dgdc.unam.mx/Hipercuadernos/Godel/Intro3.html> (2 de febrero 2012: 15:00 horas.) Nota: al revisar dicha página web advierto que dicho sitio esta desactualizado, sin embargo dicho artículo se puede descargar en <http://es.scribd.com/doc/131848822/Careaga-El-teorema-de-Godel.3>, (3 de julio 2013; 19:26 horas).

Flores, Imer B., "Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis", *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

Universidad Nacional Autónoma de México, Número 13, Julio-Diciembre, Año 2005, pp. 235-249, <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2145> , (11/12/2013, 14:00 horas).

_____, “Apuntes para una teoría -y práctica- del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica.” *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Número 7, Enero-Junio, Año 2006, pp. 3-25, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/ReformaJudicial/indice.htm?n=7>, (3 de julio, 2013, 14:00 horas).

_____, “La técnica Jurídica en la aplicación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo XLV, número 201-202, Mayo/Agosto, p.p. 17-55.

_____, “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to justice”, *Proceedings of the 21st IVR World Congress*, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Parte 1: Justicia, Editado por Aleksander Peczenik, Franz Steiner Verlag Stuttgart 2004, p.p. 146-154.

López-Ayllón, Sergio, y Salgado Perrilliat Ricardo, “El Poder Judicial federal y la transparencia. Coránica de un derecho en construcción”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año III, número 6, julio-diciembre de 2006, p.p. 237-262 visible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/6/cnt/cnt10.pdf> , (19/03/2014: 17:30).

Torres Soriano, Manuel R., “El poder blando: ¿una alternativa a la fuerza militar?”, en *Política y Estrategia*, N° 100, 2005, visible en http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mrtorsor/profesor/1214213043213_el_poder_blando._una_alternativa_a_la_fuerza_militar.pdf , p. 3 (29/08 20:27 horas).

Diccionarios

Salustiano, Del Campo (Director del Diccionario), *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*, España, Planeta-Agostini, 1987, t. I, p.p 622.

Salustiano, Del Campo (Director del Diccionario), *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*, España, Planeta-Agostini, 1988, t. III, p.P.1816.

Leyes

Ley sobre la celebración de tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de enero de 1992, visible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf> ,(5 de julio de 2013; 14:00 horas).

Tratados

Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 106 visible en, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm , (5 de julio de 2013, 14:20 horas).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José), visible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm , (5 de julio de 2013, 14:08 horas).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, visible en; <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/conveudh50.html> , (13 de junio de 2013; 00:43 horas).

La Convención Europea de DH, también es conocida como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, visible en; <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/conveudh50.html> , (13 de junio de 2013; 00:43 horas).

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1, visible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos11.htm> , (5 de julio de 2013, 14:30 horas).

Casos

42/2013 del Cuaderno Auxiliar, del Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla (en anexo 3)

“Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán por el que se da respuesta a la petición de la comunidad indígena de Cherán para celebrar elecciones bajo sus usos y costumbres”, visible en http://www.iem.org.mx/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=110:acuerdos.2011&Itemid=76 (07/05/2013, 15:00 horas).

Expediente SUP-JDC-9167/2011, visible en, <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 convención americana sobre derechos humanos)”, visible en http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf (18 de abril 2013: 14:00 horas).

Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica; “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf, (5 de julio de 2013; 14:40).

Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, visible en, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf , (27 de abril de 2013; 15:00 horas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*) visible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf (25/07/2013; 19:00 horas).

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, Medidas Provisionales Respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Asunto Alvarado Reyes y otros, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/alvarado_se_01.pdf , (19/08/2013 11:25:00 horas).

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL MARTES 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013, visible en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf , (05/09/2013: 23:57 horas),

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución de catorce de julio de dos mil once, visible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%c3%b3n%20Radilla%20DOF.pdf> (25/07/2013: 21:30 horas).

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm> (09/05/2013, 15:00 horas).

Páginas web.

Manual del lenguaje ciudadano, primera edición, : <http://innova.fox.presidencia.gob.mx/archivos/9/8/files/archivos/sip-8980.pdf> , (9/11/2012, 18:30 horas).

Manual del lenguaje ciudadano, segunda edición, visible en http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/148/1/images/Manual_lenguaje_ciudadano.pdf , (01/09/2013; 16:30 horas),

Noticias -Periódicos

Quadratin, Agencia mexicana de información y análisis, <http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/> (21/08/2013).

<http://www.nssoaxaca.com/columnas/93-gerardo-francisco-lopez-thomas/59403-contradiccion-de-tesis-2932011-j> (04/09/2013: 17:00 horas)

<http://www.animalpolitico.com/2013/06/ong-pide-rechazar-contrareforma-en-materia-de-derechos-humanos/#axzz2Vy3vrfcP> , (26/07/2013: 21:30 horas).

Periódico “canalsonora.com” Hermosillo, Sonora <http://home.canalsonora.com/2012/11/posibilidad-cero-regresion-en-derechos-humanos-ministro-aguirre-anguiano/>, 09/11/2012, 19:30.

Periódico “El informador” Guadalajara, Jalisco <http://www.informador.com.mx/mexico/2011/324349/6/ministra-destaca-reforma-a-los-derechos-humanos.htm> , 09/11/2012, 19:30.

http://www.razonypalabra.org.mx/N/N75/ultimas/38_Garrido_M75.pdf

La jornada, <http://www.jornada.unam.mx/2013/07/27/politica/012n2pol>

La jornada, <http://www.jornada.unam.mx/2013/08/12/politica/007n2pol>

El economista, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2010/08/25/scjn-pide-que-sentencias-sean-transparentes>, 25 Agosto, 2010 (19:22 horas).

“Diafanidad u opacidad”, *El Universal*, 13 de Octubre de 2005, visible en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/130660.html> , (19/03/2014: 17:30).