



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS EN
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. ANÁLISIS DESDE EL
CONTEXTO DE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN MANUEL ROMERO MARTINEZ

TUTOR PRINCIPAL:

DR. SANTIAGO NIETO CASTILLO
FACULTAD DE DERECHO

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

DR. JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

DR. ARMANDO HERNÁNDEZ CRUZ
FACULTAD DE DERECHO

DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS
FACULTAD DE DERECHO

DR. JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
FACULTAD DE DERECHO

Ciudad Universitaria, Cd. Mx, febrero de 2018



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.

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres y familia, sin su apoyo, esfuerzo, comprensión, ejemplo y consejos no hubiera llegado hasta aquí, todo se lo debo a ellos, no existen palabras para poder describir mi gratitud y mi sentir, gracias por tanto.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, mi *alma mater*, conmigo desde la preparatoria, licenciatura, especialidad, maestría y ahora doctorado, siempre me sentiré afortunado de pertenecer a esta gran institución, mi compromiso con ella es eterno, haré todo lo que pueda por la misma, aunque nunca terminaré de pagar todas las alegrías que me ha dado.

A mi tutor principal, Dr. Santiago Nieto Castillo, por aceptar dirigir esta investigación a pesar de sus amplios compromisos con México y la UNAM, agradezco sus recomendaciones, asesoría y apoyo en el desarrollo de la misma, desde luego, todos los errores que pudiera contener el presente trabajo son sólo míos.

Al Dr. Armando Hernández Cruz, por su dedicación, observaciones, confianza y ayuda en la realización de esta investigación, pero más aún por su amistad de varios años y consejos a lo largo de mi vida profesional y académica, gracias por incorporarme a su equipo académico.

A la Dra. Abril Uscanga Barradas, mi admirable Abril, mi mayor reconocimiento a todas las aportaciones y observaciones que realizó con alto rigor científico al presente trabajo, gracias por su tiempo, soporte incondicional y confianza de siempre, a mi colega, mejor crítica, compañera y ejemplo de vida, que puedo decirle no hay palabras para expresarle mi gratitud y cariño.

Al Dr. Jaime Fernando Cárdenas Gracia, por todas sus atenciones, apoyo y deferencia a la presente investigación, le agradezco su tiempo y dedicación para que este trabajo culminara sin contratiempos, más aún, por constituir un gran ejemplo para todas las generaciones en el ámbito académico y por su compromiso con México y los derechos humanos.

Al Dr. José Ramón Narváez Hernández, mi mayor crítico, por sus innumerables observaciones y revisiones a mi trabajo académico, siempre le agradeceré su participación activa en el desarrollo de esta tesis doctoral, todavía más por sus atinadas sugerencias.

CONTENIDO

Introducción.....	1
CAPÍTULO PRIMERO	
MARCO TEÓRICO DE LA DIGNIDAD HUMANA	
I.- Justificación y vinculación del tema.....	5
II.-En torno a la dignidad humana	7
1.- Planteamiento inicial	7
2.- Tres dimensiones	10
3.- Recepción internacional.....	17
4.- Recepción constitucional.....	21
5.- Interpretación de la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	45
6.- Interpretación de la dignidad humana en la Corte Europea de Derechos Humanos.....	48
7.- Tres comprensiones de la dignidad humana: Habermas, Luhmann y Atienza.....	52
8.- Dignidad humana en la hermenéutica diatópica: Un viraje a Sousa.....	61
9.- Hacia un enfoque de comprensión pluridimensional de la dignidad humana.....	67
CAPÍTULO SEGUNDO	
TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
I.- Justificación del capítulo.....	72
II.- Algunas ideas sobre los derechos humanos.....	74
III.-Principales posturas sobre la fundamentación de los derechos humanos.....	100

1.- Fundamentación antropológica.....	101
2.- Fundamentación iusnaturalista.....	104
3.- Fundamentación historicista.....	107
4.- Fundamentación ética.....	109
5.- Fundamentación iuspositivista.....	115
6.- Fundamentación filosófica.....	119
IV.- Dimensiones de los derechos humanos.....	133
1.- Primera dimensión de los derechos humanos.....	136
2.- Segunda dimensión de los derechos humanos.....	140
3.- Tercera dimensión de los derechos humanos.....	148
4.- Otras dimensiones de los derechos humanos.....	157
V.- Características o principios de los derechos humanos.....	174
1.- Universalidad.....	175
2.- Interdependencia.....	176
3.- Indivisibilidad.....	177
4.- Progresividad.....	178
CAPÍTULO TERCERO	
MARCO TEÓRICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	
I. Exordio.....	182
II. Claves para la comprensión de la argumentación jurídica.....	184
III.- Las conexiones entre el constitucionalismo contemporáneo y la a r g u m e n t a c i ó n jurídica.....	189
IV.- Finalidades de la argumentación jurídica.....	192
1.- Finalidad teórica.....	192

2.- Finalidad práctica.....	193
3.- Finalidad política o moral.....	197
V.- Principales ámbitos de la argumentación jurídica.....	201
1.- Argumentación sobre los hechos.....	202
2.- Argumentación forense.....	205
3.- Argumentación legislativa.....	209
4.- Argumentación administrativa.....	213
5.- Argumentación judicial.....	216
A. Notas sobre la decisión judicial.....	219
VI.- Sobre la evaluación de la argumentación jurídica.....	224
VII.- Teorías de la argumentación jurídica que establecen criterios de corrección.....	229
1.- Epígrafe.....	229
2.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Neil MacCormick.....	230
A. Presentación.....	230
B. Ejemplificación.....	233
C. Estudio crítico.....	236
3.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Robert Alexy....	238
.....	238
A. Presentación.....	238
B. Ejemplificación.....	243
C. Estudio crítico.....	249
4.- Criterios de corrección en el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst.....	251
A. Presentación.....	251

B. Ejemplificación.....	258
C. Estudio crítico.....	264
5.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Manuel Atienza.....	265
A. Presentación.....	265
B. Ejemplificación.....	269
C. Estudio crítico.....	274

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS.....	278
I.- Justicia constitucional frente a los derechos humanos.....	278
II.- Justificación de la elección de los casos prácticos.....	281
III.- Análisis del caso “uso recreativo de marihuana” (amparo en revisión 237/2014) ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.....	287
1.- Descripción del caso.....	287
2.- Derechos humanos en colisión.....	290
3.- Argumentación y sentencia.....	293
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	306
IV.- Análisis del caso “muerte digna” ante la Corte Constitucional de la República de Colombia (Sentencia T-970/14).....	310
1.- Descripción del caso.....	310
2.- Derechos humanos en colisión.....	314
3.- Argumentación y sentencia.....	315
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	330

V.- Análisis del caso “objeción de conciencia” ante el Tribunal Constitucional de España (Sentencia 145/2015).....	333
1.- Descripción del caso.....	333
2.- Derechos humanos en colisión.....	339
3.- Argumentación y sentencia.....	341
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	346
VI.- Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional de México, Colombia y España.....	350
VII.- Prolegómenos de la justicia internacional sobre derechos humanos.....	351
1.- Sistema universal de protección de derechos humanos.....	357
2.- Sistema europeo de derechos humanos.....	362
3.- Sistema interamericano de derechos humanos.....	369
4.- Sistema africano de derechos humanos.....	385
5.- A modo de reflexión final.....	396
VIII.- Justificación de la elección de los casos prácticos.....	397
IX.- Análisis del caso Jankovskis vs Lituania “acceso a internet en prisión” ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Aplicación núm. 21575/08).....	400
1.- Descripción del caso.....	400
2.- Derechos humanos en colisión.....	404
3.- Argumentación y sentencia.....	405
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	412

X.- Análisis del caso Duque vs Colombia “acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	415
1.- Descripción del caso.....	415
2.- Derechos humanos en colisión.....	419
3.- Argumentación y sentencia.....	421
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	437
X. Análisis del caso “candidaturas independientes” ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (aplicaciones núm. 009/2011 y núm. 011/2011).....	441
1.- Descripción del caso.....	441
2.- Derechos humanos en colisión	446
3.- Argumentación y sentencia.....	448
4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados.....	466
XI.- Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional.....	471
XII.- Referencia inicial a la comprobación de la hipótesis general de la investigación.....	474
XIII.- Aplicación del método de falsación de Popper a los hallazgos encontrados en la justicia constitucional e internacional (Comprobación final de la hipótesis general de la investigación).....	476
XIV.- Propuestas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos.....	483

XV.- Colofón.....	496
Conclusiones.....	499
Corolario.....	504
Bibliografía.....	506

INTRODUCCIÓN

En la obra teatral del derecho actual le ha tocado representar a la argumentación jurídica sobre derechos humanos, el papel principal en la gran escena que vamos a presenciar como espectadores, pero a la vez como protagonistas comprometidos con el éxito de la misma, para el bien de las futuras generaciones. Ellos lo apreciarán.

Con esa metáfora, queremos destacar el rol que la argumentación en torno a los derechos humanos reviste en el fenómeno jurídico de nuestra época, el cual no puede ser expresado fuera del discurso de los derechos y del razonamiento.

El fenómeno jurídico sin argumentación y derechos humanos sería un fenómeno incompleto y mutilado, el derecho no puede explicarse sin tales componentes, de esta manera, las reglas jurídicas, los actos de autoridad de cualquier naturaleza, la misma cultura de legalidad tan defendida en nuestros días, son elementos que caracterizan al derecho, pero no constituyen la esencia del mismo, el derecho es algo más complejo y humanista. En este tenor, todas las reglas jurídicas y actos de autoridad, deben someterse al escrutinio de los derechos humanos, por lo que en caso de ser incompatibles con los mismos, tienen que dejarse de aplicar o declararse inválidos, según sea el caso, mediante la argumentación jurídica, esto es, son objeto y materia de la misma.

Ahora bien, se resalta que no todo está dicho sobre el tema, a pesar de que se pueda asumir que las obras escritas respecto a la argumentación jurídica con derechos humanos, al menos en nuestro país, están concluidas. No lo están y requieren una reformulación porque las mismas se contentan con destacar las principales características y postulados de las teorías del razonamiento jurídico de alcance global, sin discutir la viabilidad de los criterios para calificar la argumentación en nuestro país, ni mucho menos, dialogar sobre la justificación en la utilización de determinados postulados teóricos generados en el ámbito exterior. Algo que, hoy en día, es ininteligible a los ojos de cualquier espectador crítico.

En concreto, los problemas que se buscan resolver con la presente investigación son la escasa aplicación de parámetros para evaluar la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, así como la ausencia de un esquema o metodología para justificar la elección de las teorías de la argumentación a adoptar para resolver las colisiones entre derechos humanos.

De esta forma, el objetivo general de la presente investigación es ubicar e implementar en México diversos criterios objetivos de evaluación de la argumentación jurídica con derechos humanos, así como esquemas de elección de postulados teóricos a asumir, que deriven y sean de fácil aplicación y operatividad en la justicia constitucional de otros países y en la justicia internacional, a fin de que se cuente con mejores elementos para calificar y, en su caso, criticar la argumentación desdoblada por la justicia constitucional de nuestro país.

Los objetivos específicos de este trabajo son los siguientes: a) desarrollar nuevos parámetros de aproximación y comprensión de la dignidad humana y los derechos humanos, por ser éstos piezas clave en la configuración del razonamiento jurídico, b) argumentar los problemas actuales en México sobre la necesidad de mejorar los mecanismos de calificación del razonamiento jurídico sobre derechos humanos, c) caracterizar el estatus actual respecto a los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos en la justicia constitucional de otras naciones y en la justicia internacional, d) ubicar casos prácticos sobre derechos humanos, en los cuales se hayan aplicado criterios objetivos de evaluación del razonamiento jurídico y esquemas para justificar la elección de postulados teóricos a adoptar, y e) contribuir con el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica con derechos humanos en el seno nacional.

En consecuencia, la hipótesis central del presente trabajo es la siguiente: si en México se deben mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y justificar la elección de las teorías de la argumentación a aplicar, entonces del análisis de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional, se identificarán diversos

parámetros que servirán como prototipos y guías a implementar para la calificación de la argumentación desplegada en casos sobre derechos humanos de nuestro país, así como para la elección de teorías de la argumentación jurídica.

Las variables independientes de la hipótesis son: a) la identificación de parámetros actuales de calificación y elección del razonamiento jurídico en el ámbito de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional y b) la implementación de tales criterios de evaluación y justificación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos en México.

La variable dependiente de la hipótesis es: mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y generar un esquema de justificación de la elección de las teorías de la argumentación a aplicar.

Por otro lado, se destaca que la investigación será de tipo teórica y práctica, ya se delimitarán postulados científicos de diversos ámbitos, asimismo, se ubicarán y argumentarán varios casos prácticos del ámbito nacional e internacional. En otro orden de ideas, la justificación para abordar este tema de investigación obedece a motivos de carácter personal y académico. Los motivos personales tienen que ver con el gusto e interés (pasión) por el tema desde hace varios años, los motivos académicos se relacionan con la intención de contribuir con el desarrollo y difusión del conocimiento jurídico en la comunidad de académicos y estudiantes de las principales universidades y centros de investigación jurídica del país.

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos, en el primero, se plantea el marco teórico de la dignidad humana, para lo cual se enfatiza en los problemas sobre su conceptualización, sus dimensiones, su recepción constitucional y convencional, así como la interpretación que sobre la misma han efectuado diversos tribunales internacionales y algunos autores, se concluye el capítulo con el establecimiento de un enfoque de comprensión pluridimensional de la dignidad humana.

En el segundo capítulo se expone el marco teórico de los derechos humanos, por lo que se desarrollan diversas ideas en torno a sus concepciones, se presentan posturas sobre su fundamentación desde varios ámbitos, asimismo, se defiende la tesis de las dimensiones de los derechos humanos en vez de generaciones, por último, se describen los principios que informan a los derechos humanos.

En el tercer capítulo se delimita el esquema teórico de la argumentación jurídica, así, se integran las claves para su comprensión, las conexiones que tiene con el constitucionalismo contemporáneo, las finalidades y principales ámbitos de aplicación, por otro lado, se plantean las teorías de la argumentación jurídica que establecen criterios de corrección, desde un enfoque práctico y crítico.

El cuarto capítulo es de naturaleza práctica y propositiva, en el mismo se desarrollan casos sobre derechos humanos de la justicia constitucional de México, Colombia y España, a fin de ubicar criterios de calificación y elección de la argumentación jurídica, en otro sentido, se describen los sistemas de protección de derechos humanos universal, europeo, interamericano y africano, se presentan casos prácticos de la justicia internacional, con el objeto de identificar parámetros de evaluación y adopción del razonamiento jurídico, por otro lado, se realiza un ejercicio de comprobación de todos los hallazgos encontrados en la justicia constitucional e internacional, a través de la aplicación del método de falsación de Popper, por último, se presentan propuestas concretas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica sobre derechos humanos, mediante la formulación de nuevos criterios para evaluarla y la creación de un test de justificación para su elección.

Como cierre, se exponen diversas conclusiones que contienen afirmaciones y reflexiones en torno a los temas abordados, así como los resultados a los que llegamos, al mismo tiempo, se integra un corolario con algunas deducciones sobre los principales hallazgos de este trabajo, finalmente, se da cuenta de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales nacionales e internacionales que respaldan el presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO DE LA DIGNIDAD HUMANA

I.- Justificación y vinculación del tema

¿Por qué incluir un capítulo de dignidad humana en una investigación sobre argumentación jurídica en torno a los derechos humanos? Esta interrogante debe ser atendida previamente a la caracterización del tema.

Para comenzar, se señala que no se trata de un asunto aislado como pudiera pensarse, sino más bien constituye un elemento esencial tanto de la argumentación jurídica como de los derechos humanos, en particular, afirmamos que al exponer el tópico de dignidad humana, se podrán generar diversas aportaciones para el desarrollo del razonamiento jurídico y de los derechos humanos. Veamos pues con más detalle la vinculación de la dignidad humana con la argumentación jurídica y los derechos humanos.

Para ello, formulamos algunas interrogantes a nuestro amable lector, las cuales operan como una hoja de ruta para justificar la inclusión de un capítulo sobre dignidad humana: ¿qué se vulnera realmente cuando se restringen derechos humanos? ¿qué herramientas y discursos desarrollan los jueces para sustentar una afectación temporal a los derechos humanos? ¿qué demandan implícitamente las partes cuando recurren al juicio de amparo o a cualquier otro mecanismo de protección y garantía de sus derechos humanos? ¿qué tipo de discurso (formal, cerrado, sustantivo o principialista) caracteriza al Estado constitucional de derecho?

Todas estas integrantes tiene un hilo conductor común en sus respuestas, esto es, la dignidad humana, pues cuando se restringen derechos humanos, lo que se está atacando en el fondo, como lo veremos en esta investigación, es la idea de una vida digna, por su parte, el discurso que los jueces utilizan para justificar una restricción temporal a los derechos humanos, diríamos una vida digna, es un discurso argumentativo (en el cual se presentan diversas razones para la acción), aún más, las partes recurren al juicio de amparo o a cualquier otro mecanismo de protección de sus derechos humanos para demandar,

aunque no lo digan así, un proyecto de vida digna, pues cualquier derecho se conecta irremediabilmente con la misma, como lo sustentaremos en este trabajo. Finalmente, se sabe que el discurso que caracteriza a todo Estado constitucional de derecho (en el cual encuentran su proyección el razonamiento jurídico y los derechos humanos) es un discurso sustantivo, a saber, con contenidos éticos (reconocimiento de un proyecto de vida digna vía derechos humanos), entonces ¿podemos hablar de Constituciones materiales sin hacerlo éticamente?¹ por supuesto que no, pues la dignidad humana informa a las mismas.

Como se puede apreciar la dignidad humana tiene un impacto en la argumentación jurídica y los derechos humanos, ya que los jueces argumentan en los Estados constitucionales de derecho, en torno a un proyecto de vida digna de las personas, el cual se alcanza por medio de específicos derechos humanos, así, no es dable abordar con rigor académico, el tema del razonamiento con derechos humanos, sin considerar a la dignidad humana, en particular, sus problemas y desafíos que la misma comporta para el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo.

De esta forma, encontramos una vinculación directa entre los tres tópicos fundamentales a desarrollar en este trabajo, a saber, dignidad humana, derechos humanos y argumentación jurídica, por lo que las aportaciones que se puedan realizar al tema de dignidad humana (mediante el establecimiento de un enfoque diferente de acercamiento y comprensión), buscarán repercutir en la forma en que se razona con derechos humanos en nuestro país, lo anterior, de dos maneras, por un lado, mediante el desarrollo de herramientas epistemológicas que mejoren el acercamiento a la expresión dignidad humana, por el otro, a través de la aplicación práctica de los nuevos esquemas de

¹ Para la redacción de esta pregunta se utilizaron las ideas expuestas por el autor español Alfonso García, el cual entiende que la incorporación de conceptos morales al derecho y, en concreto, a la Constitución ha puesto de relieve una importante diferencia, a saber, que no es posible hablar jurídicamente en serio de dignidad humana sin hacerlo moralmente. *Cfr.* García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 95.

aproximación a la dignidad humana, que permitan fortalecer el modelo de argumentación con derechos humanos en México.

En otro orden de ideas, se considera que al diseñar en este capítulo, un enfoque diferente de comprensión de la dignidad humana, se genera un impacto positivo en el sustento de los derechos humanos y en su argumentación jurídica, pues se abren las visiones relativistas sobre la dignidad (por ejemplo las occidentales) a otras visiones también válidas, a fin de obtener una comprensión más adecuada de nuestras realidades, las cuales son, por naturaleza complejas y plurales.

Con todo lo señalado, se tiene que está justificado integrar un capítulo en la presente investigación sobre la dignidad humana, en el cual, se puedan caracterizar sus dimensiones, recepciones jurídicas, interpretaciones judiciales, problemas y desafíos que comporta la misma, comencemos pues con dicha encomienda.

II.- En torno a la dignidad humana

1.- Planteamiento inicial

La expresión *dignidad humana*, *dignidad de la persona* o simplemente *dignidad*, ha estado presente a lo largo del desarrollo de la humanidad,² ello, a pesar de tener una naturaleza confusa y ambigua como bien lo apuntan diversos autores, por ejemplo, en un interesante trabajo sobre la evolución histórico-filosófica de la dignidad de la persona, Alberto Oehling señala que una de las nociones constitucionales más paradigmáticas y con una diversidad de opiniones es la noción de dignidad del hombre.³ En el mismo sentido, Gonzalo Figueroa ha concluido que el concepto de dignidad es ambiguo, impreciso,

² Cabe hacer notar que la palabra dignidad ya era referida desde la literatura griega. Véase Homero, *la Ilíada*, México, Ediciones leyenda, 2007, pp. 21 y 22. Asimismo, los filósofos presocráticos Empédocles y Demócrito ya concebían la expresión dignidad. Cfr. Los filósofos presocráticos, 4a reimpresión, trad. de Néstor Luis Cordero. *et al.*, Madrid, Gredos, 2008, t. II, p. 249 y Los filósofos presocráticos, 4a reimpresión, trad. de Armando Poratti. *et al.*, Madrid, Gredos, 2008, t. III, pp. 365-367.

³ Oehling De los Reyes, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 85.

etéreo e indefinido, por lo que los juristas tienen problemas para llegar a una idea aceptable en torno al mismo.⁴

Asimismo, se ha señalado que existe una urdimbre de significados en la palabra dignidad, la cual ha sido objeto de múltiples interpretaciones, un simple recorrido por la historia nos revela el carácter plural (polisémico) de dicha expresión.⁵

En efecto, se entiende que el concepto de dignidad es borroso y de amplia textura, ya que el mismo puede ser descrito desde diversas ideologías, por lo que hoy en día observamos, fácilmente, como cada persona dentro de su espectro cultural puede configurar su propia noción de dignidad humana. Por ejemplo, por dignidad una mujer musulmana cubre su cuerpo y a veces su rostro, pero para una mujer francesa dicha situación es un ataque a su dignidad.⁶

Pese al escenario descrito, la expresión dignidad humana es ampliamente referida y utilizada por los juristas contemporáneos cuando apelan a los derechos y libertades, como si se tratara de una noción unívoca y con claridad conceptual. La realidad es diferente, basta con observar cualquier debate académico o discusión coloquial acerca de la dignidad para comprobar la multiplicidad de ideas (en algunos casos contrapuestas) que encierra dicha expresión.

⁴ Figueroa Yáñez, Gonzalo, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, España, Editorial Aranzadi, 2009, p. 134, <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf>

⁵ Torralba Roselló, Francesc, *¿Que es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Barcelona, Herder, 2005, pp. 44-45.

⁶ González, Ricardo, “La dignidad humana en clave hermenéutica. Una propuesta de Boaventura de Sousa Santos”, en Mendoza- Alvarez, Carlos (comp.), *¿Qué es hoy la dignidad humana?*, México, Universidad Iberoamericana, 2015, pp. 73-83, p. 76.

Dichas dificultades han propiciado que se acepte de forma generalizada la noción de dignidad humana, con la condición de que no se entre en detalles sobre qué entiende cada persona por dignidad.⁷

En el derecho internacional de los derechos humanos y en el constitucionalismo actual las tendencias van en ese sentido, es decir, aceptar de forma universal la referencia a la noción de dignidad humana para fundamentar los derechos, sin establecer de antemano, al menos, una estructura de análisis de la expresión, derivado de las dificultades que dicho ejercicio comporta. Desde luego que no se comparte dicha realidad, se piensa, por el contrario, que es indispensable formular un modelo epistemológico de acercamiento a la expresión dignidad, más aún cuando la misma es el elemento sobre el que descansan los derechos en nuestro tiempo.

Asumir una postura distinta y, por lo tanto, utilizar la expresión dignidad humana en el contexto de los derechos, sin antes reflexionar sobre los elementos claves para su comprensión, es como fundar los derechos humanos en un montón de arena, el cual tenderá, irremediabilmente, a desvanecerse con el paso del tiempo. Así, se necesita configurar un modelo de acercamiento aceptable sobre la noción dignidad, con el objeto de edificar de mejor forma la naturaleza y esencia de los derechos humanos.⁸

En España, de hecho, con el propósito de no descalificar totalmente la noción de dignidad como una idea vacía e inútil, ya se ha analizado el discurso de la dignidad humana, a fin de depurarlo de menciones desprovistas de significado y de posturas injustificadas, todo ello con base en parámetros no

⁷ Atienza, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María (coord.), *op. cit.*, p. 74.

⁸ Igual metáfora sobre la fundamentación de los derechos humanos realiza Gonzalo Figueroa, cuando formula las siguientes preguntas a propósito del análisis que efectúa sobre la noción de dignidad: ¿El edificio de los derechos humanos está construido sobre la arena? y ¿No existe alguna roca que lo sustente? véase Figueroa Yáñez, Gonzalo, "La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)", en Casado, María (coord.), *op. cit.*, p 134.

reduccionistas de los conceptos de dignidad y autonomía y con la encomienda de configurar un discurso significativo y fundamentado en torno a la misma.⁹

Bajo este sendero, desde nuestro punto de vista, resulta indispensable generar una estructura de análisis pluridimensional de dicha expresión que abone a su entendimiento, ya que la idea de dignidad figura en la explicación de los derechos humanos en sus diversas dimensiones.

Para lograr tal tarea, se utilizarán los postulados de la hermenéutica diatópica de Boaventura de Sousa, los cuales aportarán mucho en la construcción de una postura multicultural sobre la dignidad humana y su alcance en el terreno del constitucionalismo contemporáneo. Cabe indicar que no se buscará presentar un concepto propio de dignidad humana, más bien se identificarán las bases de un modelo apropiado de acercamiento a dicha expresión, a fin de contribuir con el desarrollo de la teoría de los derechos humanos, al menos, en el escenario nacional.

2.- Tres dimensiones

Para un análisis inicial de la idea de dignidad se puede recurrir a las reflexiones que sobre la misma se han generado en materia de bioética, en la cual se ha hablado de tres sentidos de dignidad: ontológica, ética y teológica,

⁹ García Manrique, Ricardo, "La dignidad y sus menciones en la Declaración", en Casado, María (coord.), *op. cit.*, p. 47. En una línea similar se tiene a Francesc Torralba, el cual parte de la idea de que la noción dignidad no es una palabra vacía, ni un concepto vacío al que le podamos dar arbitrariamente cualquier sentido, sino que es un vocablo que comporta una pluralidad de significados y esto indica que no puede ser tratado *de un modo unidimensional*. Por lo que, la dignidad no es un dato común *ni universal*, sino una idea compleja que invita a pensar (énfasis añadido). *Cfr.* Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 57-58.

mismos que han tenido cierta aceptación general, a pesar de la existencia de una multiplicidad de dimensiones en torno a la dignidad.¹⁰

A. Dignidad ontológica

Esta perspectiva de dignidad se relaciona con el ser de las personas, por lo que independientemente de las apariencias concretas que pueda tener, en tanto, ser humano, es digno de respeto. Así, se entiende que la dignidad ontológica se fundamenta en la filosofía del ser, según la cual el ser humano es digno de respeto por el ser que sostiene su esencia.¹¹

También se ha señalado que la explicación ontológica de la dignidad deriva del lugar del ser humano en el orden general del mundo, un orden que se asume como de conocimiento.¹² En otras palabras, el carácter ontológico de la dignidad tiene que ver con el tratamiento y consideración que se le debe dar al ser humano como consecuencia de su posición en relación con los demás seres vivos, lo que no implica desde nuestra óptica, desconocer los derechos y cierta dignidad de las demás formas de vida como son los animales no racionales, por ejemplo, en nuestro país la Ley General de Vida Silvestre establece la prohibición del uso de ejemplares de vida silvestre en circos (artículo 78), así como el utilizar ejemplares de mamíferos marinos en espectáculos itinerantes (artículo 60 bis), por otro lado, en la Constitución

¹⁰ Sobre los tres sentidos de dignidad: ontológica, ética y teológica en bioética véase Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 84-95. Referente a la multiplicidad de dimensiones de la dignidad, por ejemplo, Alberto Oehling ha propuesto una clasificación conceptual de carácter condicional, universal y material. Las concepciones condicionales son aquellas en las que se reconoce al individuo con base en sus características o capacidades, las cuales admiten gradaciones. Las concepciones universales o incondicionales son las que comprenden la dignidad como característica endógena de todo hombre por igual, con independencia de sus capacidades y posibilidades. Las concepciones materialistas son las que privilegian el factor social, económico o cultural del individuo a fin de identificar la propia dignidad. *Cfr.* Oehling De los Reyes, Alberto, *op. cit.*, p. 87. También, en cuanto a las discusiones bioéticas de la dignidad algunos autores hablan sólo de dos concepciones, la basada en la autonomía y la de raíz metafísica u ontológica, véase García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹¹ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 86.

¹² García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, p. 49.

Política de la Ciudad de México se reconoce a los animales como seres sintientes los cuales deben recibir un trato digno (artículo 13, inciso b).

Desde luego, se aprecia que la dimensión ontológica de la dignidad es problemática, la misma ha sufrido fuertes críticas, muchas de ellas justificadas en varios sentidos, un primer ataque a la dignidad ontológica parte de las perspectivas éticas contemporáneas que señalan la dificultad de acceder al ser del ser humano, el cual debe ser digno de respeto y honor, para dichas orientaciones el ser fundamente de la dignidad permanece en el desconocimiento pues no se tiene acceso, desde un ejercicio racional, a ese ser merecedor de consideración y respeto.¹³

Un segundo ataque, proviene de otras corrientes filosóficas que entienden al ser humano como un hecho puramente empírico y no como un ser metafísico, desde esta visión la idea de la dignidad ontológica es absurda porque no existe acceso racional al ser más íntimo del ser humano y porque no hay ser, sino un fenómeno empírico.¹⁴

Como se ha señalado, la idea de dignidad ontológica como la misma expresión dignidad comporta diversas interrogantes al momento de tratar de identificar sus rasgos principales, sin embargo, ello no debe implicar la descalificación total de la dimensión ontológica como un modelo de acercamiento a la noción de dignidad.

Se asume entonces que la dimensión ontológica es útil, al menos, para poner de relieve, desde un enfoque teórico, que la dignidad es para todos los seres humanos sin distinción ni graduación alguna, inclusive, para aquellos sujetos que han infringido normas que tutelan bienes jurídicos de suma trascendencia para la sociedad.

Por lo que, desde este contexto, parece sensato asumir, como lo han hecho otros autores, que la dignidad puede ser analizada como una relación humana,

¹³ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴ *Idem.*

producida por el reconocimiento del otro.¹⁵ Es decir, una relación de respeto y consideración plena del otro, lo que implica no tratar con frivolidad la dimensión ontológica descrita y avanzar un poco en la configuración teórica de la noción de dignidad.

B. Dignidad ética

La dignidad desde la visión ética se manifiesta en el modo de obrar de cada una de las personas, por lo cual la misma se funda en la libertad personal, libertad que les permite a los seres humanos actuar según su conciencia, valores e ideales o contra los mismos.¹⁶

Se ha señalado que la dignidad ética se sustenta en la dignidad ontológica, ya que se trata de una dignidad de un ser que puede actuar u obrar según determinada concepción de valores, así se considera a la dignidad ética como una dignidad dinámica, la cual se transforma y cambia a lo largo del tiempo a diferencia de la dignidad ontológica que tiene una dimensión plenamente estática porque no cambia con el tiempo.¹⁷

Con base en dichos señalamientos, se pone de relieve que la dignidad ética no es intrínseca, ya que depende del juicio moral que uno efectúe de sí mismo y del juicio moral que realicen los otros sobre nuestras acciones, de esta forma, una persona puede actuar conforme a su conciencia y sentir que es digno lo que ha hecho (por ejemplo un médico puede practicar el aborto legal a los pacientes que así lo deseen), aunque el juicio moral de los otros pueda ser negativo, en tal caso, esa persona habrá perdido la dignidad ética a juicio de la sociedad que lo observa, aunque él pueda considerar que ha obrado conforme a sus valores e ideales, es decir, que ha actuado dignamente.¹⁸

Es así como se puede afirmar que la dignidad ética es relativa, ya que depende de un juicio moral que se desarrolla de forma implícita o explícita, por

¹⁵ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

¹⁷ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁸ *Ibidem*, p. 90.

cada persona conforme a sus valores e ideales, por ello, dicha dignidad es mutable y contraria a la dignidad ontológica la cual se concibe permanente, pues se atribuye al ser del ser humano y no se adscribe sobre determinadas valoraciones morales-relativas. Se comprende, entonces, que existen una multiplicidad de nociones en torno a la dignidad ética, mientras que la dignidad ontológica sólo se puede identificar unívocamente, ya que se fundamenta en el ser.¹⁹

Como se puede apreciar, la dimensión ética de la dignidad comporta diversas dificultades, derivado de su relatividad, sin embargo, es preciso identificar esta versión de la dignidad, la cual hace énfasis en el carácter práctico de la misma, a través de la estimación constante de cada una de las acciones y formas de actuar que desarrollan las personas en su interacción social, digamos pues, que la dignidad ética opera como un patrón de medición, si se quiere relativo, de lo que puede considerarse bueno o malo (correcto o incorrecto) en el terreno de la moral o, mejor, de las morales existentes en cada sociedad, algo que no puede ser desconocido ni olvidado en todo estudio sobre dignidad, menos aún si se busca fundamentar los derechos humanos en la misma, con las implicaciones positivas o negativas que ello arroja y las cuales serán analizadas en la presente investigación.

Ahora bien, desde una óptica reflexiva sobre la dimensión ética de la dignidad, se aprecia que la expresión puede ser reiterativa, ya que la idea de dignidad hace alusión, necesariamente, a un concepto moral (mismo que forma parte del objeto de estudio de la ética), el cual es revisable, de esta manera, el concepto de dignidad no puede fijarse exhaustivamente *ex ante*, porque las personas que intervienen en el discurso comunicativo pueden tener concepciones distintas acerca de la dignidad.²⁰

A la luz de estos señalamientos, la integración de un concepto moral al derecho, como la dignidad, ha puesto de relieve una cosa: que no es posible hablar jurídicamente en serio de dignidad sin hacerlo moralmente, de lo que se

¹⁹ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 90.

²⁰ García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, p. 95.

desprende que es infructífero identificar la noción de dignidad fuera de la ética, por ello, se concluye que la dimensión de dignidad ética es tautológica, aunque útil para una descripción académica de la propia expresión.²¹

C. Dignidad teológica

En el ámbito científico, la dimensión teológica de la dignidad es quizá la más cuestionada, ya que no se ha podido demostrar la existencia de un dios supremo, el cual haya creado el universo y a los seres humanos a su imagen, al menos, desde el contexto de la racionalidad y objetividad del discurso científico.

En este sentido, la dignidad teológica, por decirlo de alguna forma, es la expresión enaltecida de la dignidad ética, ya que se sustenta en una versión de la moral, no reconocida ni aceptada por la ciencia, derivado de la ausencia de criterios racionales para su explicación.

Así, en la concepción teológica, la dignidad del ser humano le viene dada por el hecho de ser creado a imagen y semejanza de un dios, él se convierte en la causa primera y final de la existencia humana, en el sustento y la razón misma de la dignidad.²²

La dignidad teológica también se relaciona con la dignidad ontológica, pues ambas tienen un alcance universal, bajo la primera concepción, la dignidad se predica de todo ser humano, por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de dios, según relato del Génesis, bajo la segunda concepción, la dignidad la tiene todo ser humano por el ser del mismo.²³

En ambos casos, la dignidad no se pierde jamás con independencia de no vivir conforme a la condición de imagen de dios o del ser del ser humano, así la dignidad es algo propio de todas las personas, aunque tengan un fundamento distinto, la dignidad teológica en lo absoluto y la dignidad ontológica en el ser.²⁴

²¹ *Idem.*

²² Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 91.

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, p. 92.

Bajo este escenario, se entiende que la dignidad teológica opera, utilizando el lenguaje teológico, como una gracia que le es dada al ser humano por el simple hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de dios. Más aún, los seres humanos deben efectuar sus acciones conforme a dicha dignidad, a fin de hacerse más semejantes y próximos a dios, por ejemplo, no dañando, engañando o robando al otro.²⁵

Pese a las críticas de irracionalidad que se pueden formular a esta dimensión de la dignidad, para algunos el hecho de que la teología tenga como discurso fundacional a dios, no significa que la misma carezca de un elemento de racionalidad, el cual se encuentra en la interpretación de que la teología sólo es posible desarrollarla desde el *logos* (razonamiento).²⁶

Por otra parte, se sabe que la iglesia católica ha utilizado con frecuencia el término dignidad humana para sustentar y defender varios de sus postulados, por ejemplo, la prohibición del aborto. En este sentido, resulta apropiado presentar la interpretación que Manuel Atienza realizó sobre la doctrina de la iglesia católica en torno a la dignidad, en las siguientes tesis: a) la dignidad se dice no sólo del ser humano nacido sino además del embrión o preembrión, b) la dignidad no admite graduación, todos los seres humanos tiene el mismo nivel de dignidad, c) la dignidad tiene un componente religioso, ya que el ser humano posee dignidad por haber sido creado a imagen y semejanza de dios, d) la dignidad es un valor superior a todos los demás valores, e) las anteriores afirmaciones tiene alcance universal, pues valen para creyentes y no creyentes, sin importar cuestiones geográficas o históricas. Asimismo, dichas tesis buscan no contradecir los postulados de la ciencia, ya que se basan en la razón y la fe.²⁷

Con dicha representación de la doctrina de la iglesia católica, se ponen de relieve dos reflexiones, la primera, que si bien existen convergencias entre

²⁵ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 94.

²⁶ *Ibidem*, p. 95.

²⁷ Atienza, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María (coord.), *op. cit.*, pp. 74-75.

algunos de los principios de la iglesia con los postulados de la ciencia, por ejemplo, el que la dignidad no admite graduación, existen contradicciones sustanciales entre ambas posturas que no permiten sustentar la última tesis de alcance universal, pues basta identificar que no todos asumen que la dignidad la poseen los seres humanos por haber sido creados a imagen y semejanza de dios. La segunda reflexión y quizá la más importante implica reconocer que la dignidad teológica y la doctrina de la iglesia católica que la asume, son acercamientos y dimensiones útiles para la comprensión de la naturaleza humana, las cuales se deben respetar y analizar desde un plano objetivo y como una aportación al debate inacabado sobre lo que representa la dignidad humana aquí y ahora.

3.- Recepción internacional

La expresión dignidad humana ha tenido una amplia recepción en el ámbito internacional, prácticamente, después de la Segunda Guerra Mundial, con la configuración del derecho internacional de los derechos humanos en el plano del sistema universal y de los sistemas regionales de protección de derechos. Bien se puede afirmar que los derechos humanos y la dignidad humana son piezas claves en la nueva ola y comprensión del derecho en el siglo XXI, esto es, del derecho constitucional contemporáneo, el cual tiene como eje fundamental a la persona humana y no a las leyes positivas y su aplicación estricta.

Como es conocido, la idea de dignidad humana se encuentra presente en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecidos a partir de 1945, los cuales, de forma cronológica, se describen a continuación:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en mayo de 1948 precisa en su preámbulo que *todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.²⁸ Resulta relevante señalar que dicha Declaración fue adoptada previamente a la Declaración Universal de

²⁸ Véase Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, página consultada el 12 de abril de 2017.

Derechos Humanos, por lo que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es precursora en el reconocimiento internacional de la dignidad humana.²⁹

- La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en diciembre de 1948, en su preámbulo hace referencia a la idea de dignidad, asimismo, en su artículo 1o, señala que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.³⁰
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en diciembre de 1966 alude en su preámbulo que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana*. A su vez, reconoce que *los derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*. Por otro lado, en su artículo 10, numeral, 1 *se establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*.³¹
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en diciembre de 1966 precisa en su preámbulo que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana*. Asimismo, hace alusión a que *los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana*. Por otra parte, el artículo 13, numeral 1, precisa que los Estados reconocen el derecho de toda persona a la educación y *convienen*

²⁹ No se desconoce que antes de la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, se firmó en junio de 1945 la Carta de las Naciones Unidas, la cual en su preámbulo ya hace referencia a la necesidad de reafirmar la dignidad de la persona humana, aunque desde luego, dicha Carta tuvo un objetivo distinto a la presentación de un catálogo de derechos humanos, esto es, el establecimiento de una organización internacional denominada Naciones Unidas, la cual desde luego tiene como una de sus tareas promover los derechos humanos.

³⁰ Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, página consultada el 12 de abril de 2017.

³¹ Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, página consultada el 12 de abril de 2017.

*en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad.*³²

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en noviembre de 1969 establece en su artículo 5, numeral 2 que *toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*, asimismo, en su artículo 11, numeral 1, se detalla que *toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*³³
- La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos adoptada en junio de 1981, señala en su preámbulo que la gente de Africa está aún luchando por su dignidad y genuina independencia, a su vez, en el artículo 5 se establece que cada individuo debe tener el derecho de respetar la dignidad inherente al ser humano y reconocer su estatus legal.³⁴
- El protocolo número 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁵ relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, el cual fue adoptado por el Consejo de Europa en mayo de 2002 establece en su parte introductoria que el derecho a la vida de cada persona es un valor básico en una sociedad democrática y que la abolición de la pena de muerte es esencial para la

³² Véase Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, página consultada el 12 de abril de 2017.

³³ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, página consultada el 12 de abril de 2017.

³⁴ Véase African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter), disponible en <http://en.african-court.org/index.php/basic-documents/basic-documents-featured-articles>, página consultada el 12 de abril de 2017. Traducción propia.

³⁵ Cabe señalar que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa en noviembre de 1950 no hace referencia al término dignidad humana, fue hasta la adopción de su protocolo número 13, cuando se expresa la idea de dignidad humana. Véase Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>, página consultada el 12 de abril de 2017.

protección de este derecho y para el completo reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos.³⁶

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea en diciembre de 2000, la cual fue revisada y adaptada en diciembre de 2007, así como definido su valor jurídico en el Tratado de Lisboa firmado en diciembre de 2007, establece en su parte inicial que la Unión está fundada en los indivisibles y universales valores de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad. Asimismo, integra el título I sobre la dignidad, para lo cual refiere en el artículo 1 que la dignidad humana es inviolable. Ésta debe ser respetada y protegida. Por otro lado, el artículo 25 señala que la Unión reconoce y respeta los derechos de las personas mayores de llevar una vida digna e independiente. Finalmente, el artículo 31 reconoce que todo trabajador tiene el derecho de laborar bajo condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.³⁷

Como hemos podido apreciar, el término dignidad humana figura en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, desde luego, existen muchos otros que también aluden a dicha expresión, por ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Con todo, la reflexión final que podemos obtener del análisis de la recepción internacional de la expresión dignidad humana es que la misma obedece a la aceptación que en cierto sentido ha generado, en el escenario occidental y, en

³⁶ Véase Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081563>, página consultada el 12 de abril de 2017. Traducción propia.

³⁷ Véase Charter of Fundamental Rights of the European Union, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0389.01.ENG&toc=OJ:C:2016:202:TOC#document1, página consultada el 12 de abril de 2017. Traducción propia.

alguna medida, en el contexto oriental, la fundamentación ética de los derechos humanos, la cual tiene como elemento principal una exigencia axiológica en torno a las personas, con independencia de todos los problemas jurídicos y metajurídicos que tal esquema genera en el ámbito de la comprensión de los derechos humanos, derivado del carácter contextual y cultural de la misma expresión dignidad humana.

4.- Recepción constitucional

La recepción constitucional de la dignidad humana es un tema que en nuestra concepción se debe relacionar con la teoría del constitucionalismo multinivel interamericano, la cual trata de explicar las relaciones entre los órdenes jurídicos (nacional e internacional) y el papel que tienen los jueces nacionales e interamericanos en la aplicación de las normas sobre derechos humanos.

Ello, es así porque bajo los parámetros del constitucionalismo multinivel se privilegia la protección más amplia de la persona con base en su dignidad, sin importar el orden jurídico en el que nos encontremos, ya sea constitucional o internacional. Al decir, de los precursores del constitucionalismo multinivel, la idea de un sólo texto constitucional no tiene cabida, más bien se habla de una constitución en red, es decir, un sistema de normas ubicadas en diversos niveles, que se articulan para lograr la protección y garantía de la dignidad humana.³⁸

Partiendo de dicho esquema, resulta relevante identificar las constituciones de algunos países que incorporen el término dignidad humana como elemento

³⁸ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 298. En otra investigación dicha autora analiza el pluralismo constitucional, que para nosotros opera como marco teórico del constitucionalismo multinivel, aludiendo que son los principios los que permiten dar vida a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aquellos que generan una relación heterárquica y posibilitan el acoplamiento. Véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, "Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno," *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio 2016, pp. 15-60, p. 30. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002> página consultada el 12 de abril de 2017.

fundacional de su sistema jurídico o de los derechos humanos, en el entendido de que dichas constituciones se deben comprender bajo los postulados del constitucionalismo multinivel, los cuales señalan que las normas constitucionales se relacionan con las normas internacionales sobre derechos humanos de forma no jerárquica, así se busca resaltar que todos los órdenes jurídicos tiene como tarea esencial la protección más amplia de las personas.

Para desarrollar este punto sobre la recepción constitucional de la dignidad humana, se han elegido las constituciones de Italia, Alemania, España, Colombia y México, los criterios objetivos de elección de dichos países se justifican por las siguientes consideraciones:

- Se trata de países pertenecientes al sistema jurídico romano-germánico, lo cual facilitará la comparación y análisis de sus constituciones.
- Son Estados que vivieron una transformación en su derecho constitucional a partir de la Segunda Guerra Mundial, ya sea con la promulgación de una nueva constitución, principalmente en el caso de los países europeos, lo cual tuvo repercusiones muchos años después en países del continente americano como Colombia y México, en los que se promulgó una constitución o se modificaron sustancialmente las normas sobre derechos humanos.
- Se trata de países que han tenido un protagonismo en el ejercicio de su justicia constitucional mediante la articulación de determinaciones y criterios jurisdiccionales que han operado como referentes en la comprensión de los derechos humanos, al menos desde la visión académica, por ejemplo, se conocen criterios novedosos emitidos por el Tribunal Constitucional Federal

Alemán,³⁹ el Tribunal Constitucional de España⁴⁰ y la Corte Constitucional de Colombia.⁴¹

A. Italia

La Constitución de la República Italiana aprobada en diciembre de 1947 es una norma interesante para nuestra investigación, ya que la misma no sólo incluye el término dignidad humana sino que además nos habla de la dignidad social, la cual ha sido poco explorada en el ámbito académico de nuestro país.

Del análisis de la Constitución de Italia, se desprenden las siguientes referencias a la dignidad humana:

- En el artículo 3 se señala que *todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.*⁴²

³⁹ En este sentido, recuérdese que el Tribunal Constitucional Federal Alemán al resolver el caso crucifijo estableció el principio de concordancia práctica para analizar colisiones entre derechos, véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 175-182.

⁴⁰ Cabe mencionar la sentencia 145/2015 del Tribunal Constitucional de España en la cual se efectúa una interpretación interesante sobre el alcance del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica de un farmacéutico, véase Tribunal Constitucional de España, recurso de amparo núm. 412-2012, promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 del 25 de junio de 2015, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24527>, página consultada el 13 de abril de 2017.

⁴¹ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia al resolver el caso Julia vs Coomeva, se pronunció sobre el derecho fundamental a la vida y a morir dignamente, asimismo, fijó los presupuestos para hacer efectivo dicho derecho a morir dignamente en Colombia, véase Corte Constitucional de Colombia, Expediente T-4.067.849, acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014 disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, página consultada el 13 de abril de 2017.

⁴² Véase Constitución de la República Italiana disponible en http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017. Existe una versión en idioma inglés de la Constitución de la República Italiana en http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017. La versión en italiano de la constitución puede ser estudiada en <http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>, página consultada el 14 de abril de 2017.

- En el artículo 36 se precisa que *el trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a sí mismo una existencia libre y digna.*⁴³
- En el artículo 41 se reconoce la libertad económica privada, la cual *no puede llevarse a cabo en oposición al interés social o de tal modo que inflija un daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.*⁴⁴
- Finalmente, el artículo 48 señala que *el derecho de voto no podrá ser restringido, excepto en caso de incapacidad civil o con motivo de sentencia penal firme o en los supuestos de indignidad moral especificados por la ley.*⁴⁵

De la descripción de dichos preceptos constitucionales, se pueden obtener las siguientes reflexiones:

En Italia se reconoce una dimensión social de la dignidad, la cual se desarrolla en un plano relacional, lo que significa que no es suficiente que una persona sea tratada con dignidad sino más bien que todos sean tratados con dignidad y respeto. La dignidad social entiende que las diferencias existentes en el ámbito social no deben convertirse en factores de exclusión, intolerancia y discriminación hacia ciertas minorías.⁴⁶

La doble dimensión de la dignidad (humana y social) está contenida de forma implícita en el artículo 2 de la Constitución italiana, al indicar que *la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que*

⁴³ Véase Constitución de la República Italiana disponible en http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017.

⁴⁴ Véase Constitución de la República Italiana disponible en http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017.

⁴⁵ Véase Constitución de la República Italiana disponible en http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017.

⁴⁶ Miranda Bonilla, Haideer, "La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Núm. 119, mayo-agosto de 2009, pp. 37-68, pp. 47 y 48, disponible en <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9774/9220>, página consultada el 14 de abril de 2017.

desarrolla su personalidad.⁴⁷ En este sentido, cada vez que la Corte Constitucional italiana alude, en términos generales, a la dignidad humana hace referencia al citado artículo 2, aunque no presenta una concepción particular de lo que debe entenderse por dignidad humana o social.⁴⁸

Más aún, la Corte Constitucional italiana ha relacionado las dos dimensiones de la dignidad, al indicar la obligación del Estado de crear garantías específicas para la tutela de los derechos sociales, asimismo, ha enaltecido el valor de la dignidad social al señalar, por ejemplo, que el derecho a la vivienda cae dentro de los parámetros fundamentales que un Estado Social de Derecho debe garantizar.⁴⁹

Otra reflexión que se pueden obtener sobre la recepción constitucional de la dignidad (social) tiene que ver con la compatibilidad de los derechos sociales con la idea de una forma de vida digna, por ejemplo, al reconocer que los trabajadores deben recibir una retribución proporcional a la cantidad y calidad de su trabajo, misma que debe asegurarles, en todo momento, una existencia digna. Lo cual se corresponde con las tendencias garantistas italianas que han tenido una gran repercusión en los países de América Latina en los últimos años.

Finalmente, del análisis de los artículos 41 y 48, se observa la posibilidad de limitar o restringir ciertos derechos (libertad de comercio y derecho de sufragio activo) por afectaciones a la dignidad humana, lo cual resulta entendible de cara al reconocimiento jurisprudencial que se le ha dado a la dignidad humana en Italia como un principio supremo del ordenamiento constitucional o, mejor, como un valor constitucional que irradia el derecho positivo.⁵⁰

B. Alemania

⁴⁷ Véase Constitución de la República Italiana disponible en http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, página consultada el 14 de abril de 2017.

⁴⁸ Miranda Bonilla, Haideer, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 50

⁵⁰ Miranda Bonilla, Haideer, *op. cit.*, pp. 50 y 65.

En el derecho constitucional alemán actual la dignidad humana representa el núcleo central de todos los derechos fundamentales⁵¹, lo anterior, no es una coincidencia, obedece al pasado amargo que sufrió Alemania y la misma Europa bajo el Tercer Reich o el gobierno nacional-socialista de Adolfo Hitler entre los años de 1933 y 1945.⁵²

Así, como respuesta a todas las injusticias y violaciones a los derechos humanos perpetradas bajo el Tercer Reich, surgió la constitución de Alemania, conocida como Ley Fundamental de la República Federal de Alemania adoptada en mayo de 1949.

Dicha ley sólo hace una mención a la expresión dignidad humana, pero de forma contundente, ya que la coloca como el eje fundacional de todos los derechos fundamentales, así en el artículo 1, numeral 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, se señala que la dignidad humana debe ser inviolable. Respetarla y protegerla es una obligación de toda la autoridad estatal.⁵³

Lo anterior, basado en el espíritu renovador de la concepción de la persona humana y de sus derechos esenciales y como una barrera jurídica para evitar en el futuro posibles afectaciones a la naturaleza humana como las acontecidas en el régimen nazi.

⁵¹ Sobre el entendimiento de los derechos fundamentales se ha dicho que los mismos, desde el punto de vista individual, están ligados a la dignidad de la persona, ya que son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Véase Solozabal Echavarría, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, Número 71, enero- marzo de 1991, pp. 87-109, p. 88, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27093>, página consultada el 16 de abril de 2017.

⁵² Los datos biográficos de Adolfo Hitler son detallados en Hitler, Adolfo, *Mi lucha*, trad. de C.E. Araluce, México, Editorial del partido nacional socialista de América Latina, s.a, pp. XI-XV. En dicha obra se señala que el 30 de junio de 1933 Hitler fue nombrado canciller del Reich, donde comienza el “Tercer Reich”, asimismo, se detalla que el 30 de abril de 1945 Adolfo Hitler pone fin a su vida mediante un disparo en la boca, su cuerpo nunca fue encontrado. Véase Hitler, Adolfo, op. cit. pp. XIII y XV.

⁵³ *Cfr.* Basic law for the Federal Republic of Germany, trad. de Christian Tomuschat *et. al.*, Berlín, German Bundestag, 2015, p. 15. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, página consultada el 16 de abril de 2017. Traducción propia.

A todo esto, cabe apuntar que referencias explícitas a la dignidad humana en el orden constitucional europeo, ya se podían encontrar previo a la promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, por ejemplo, en el preámbulo de la constitución Irlandesa de 1937, así como en constitución de Italia de 1947, además, en la misma la constitución de Weimar de 1919 ya se hacía referencia a la necesidad de respetar la dignidad del hombre, aunque no de forma tan decisiva como lo establece la ley fundamental alemana.⁵⁴

Adicionalmente es conocido que la dignidad humana ha sido comprendida por algunos autores⁵⁵ como un derecho y no como el núcleo o fuente de todos derechos fundamentales, si se quiere, como el valor jurídico primario del sistema constitucional alemán.

Se tienen dudas sobre dicha comprensión de la dignidad como derecho, se piensa que tal consideración se sustenta en el artículo 79, numeral 3 de la constitución alemana, el cual señala que las modificaciones a la ley fundamental que afecten los principios determinados en el artículo 1 se tendrán por inadmisibles (estos principios son la dignidad humana y los derechos fundamentales).⁵⁶

⁵⁴ Para la redacción de este párrafo se ha utilizado la información señalada por Christian Starck en Starck, Christian, "Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán", trad. de Alberto Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 9, enero-diciembre de 2005, pp. 489-497. p. 490. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=8&IDN=402&IDA=25785>, página consultada el 16 de abril de 2017.

⁵⁵ Por ejemplo, para Christian Starck el legislador constituyente alemán implantó el derecho a la dignidad humana en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania como reacción inmediata del desprecio del régimen nacionalsocialista a la humanidad. Asimismo, refiere Starck que la garantía de la dignidad como derecho del sujeto hace viable el amparo constitucional frente a leyes que modifican la constitución y aquellas que no respetan suficientemente la dignidad humana. *Cfr.* Starck, Christian, *op. cit.*, pp. 489 y 492. Sobre la garantía jurídica de la dignidad humana, se considera que *per se* no implica su carácter de derecho fundamental, más aún, toda afectación a la dignidad humana representa necesariamente una vulneración a algún derecho fundamental, por lo tanto, es posible buscar su restitución vía amparo constitucional, aunque, ello no significa entender a la dignidad humana como un derecho fundamental, la dignidad en nuestro concepto es más que un principio, como se verá más adelante.

⁵⁶ Véase Basic law for the Federal Republic of Germany, *op. cit.*, p. 65. Traducción propia.

En nuestra opinión, la redacción de dicho precepto constitucional no es la más afortunada, ya que la dignidad humana representa el sustento de todos los derechos fundamentales, los cuales sí pueden ser entendidos como principios, ciertamente, la dignidad humana es más que un principio, pues se concibe como la fuente del cual emanan tanto los valores como los principios, esto es, el eje conductor de las relaciones interpersonales en las sociedades actuales.⁵⁷

Dicha opinión está respaldada en la propia Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, la cual le da un tratamiento distinto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, aunque, desde luego, se relacionan forzosamente al momento de su aplicación, en efecto, dicha ley no sólo incluye a la dignidad en la cúspide de todo el orden jurídico (artículo 1, numeral 1) sino que también identifica a los derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos (artículo 1, numeral 3), entre los que obviamente no se contiene un derecho a la dignidad humana.

Todavía más, en la estructura constitucional alemana, primero se identifican las propiedades de la dignidad humana, para después precisar su alcance en el pueblo alemán, el cual reconoce inviolables e inalienables los derechos humanos como la base de toda la comunidad, de la paz y la justicia en el mundo.⁵⁸

Por otra parte, sobre la obligación de protección de la dignidad humana por parte del Estado alemán, se identifica que la misma, se divide en dos áreas de influencia, la primera, se concibe como la protección a través del apoyo

⁵⁷ Desde luego, existe una línea de distinción muy delgada entre lo que se consideran valores y principios, para fines de nuestra investigación, se entenderán como valores a aquellos ideales morales que han sido establecidos, seguidos y compartidos por determinados grupos sociales, los cuales no se encuentran expresamente reconocidos en la constitución, su tensión se resuelve por conducto de la deliberación moral, es decir, a través de la ética, de ahí la idea de tragedia de valores; por su parte, los principios son también ideales morales pero los mismos sí se reconocen explícitamente en las normas fundamentales, esto es, se han constitucionalizado, a fin de otorgarles una garantía jurídica de protección efectiva, su colisión se resuelve por medio de la argumentación jurídica, a saber, vía judicial.

⁵⁸ *Cfr.* Artículo 1 de la Basic law for the Federal Republic of Germany, *op. cit.*, p. 15. Traducción propia.

material del Estado, la segunda, como la protección frente a los ataques de terceros contra la dignidad humana.⁵⁹

En el primer caso, el Estado debe mantener condiciones mínimas para una vida digna de las personas que no están en condiciones de desarrollarse personal o socialmente por enfermedades físicas o mentales. En el segundo caso, la protección debe ser proporcional a la gravedad de la intensidad de la afectación de la dignidad, por ejemplo, la protección del derecho a la vida, requiere del derecho penal, como la razón última del derecho.⁶⁰

Finalmente, del estudio integral de la constitución alemana, se comprende que en dicho país, la dignidad humana se concibe como la fuerza central del sistema jurídico, en concreto, representa el centro de influencia de todos los actos y acciones de los poderes públicos, los cuales orbitan alrededor de la misma, al mismo tiempo, la dignidad se ha juridificado, ello implica que tiene una protección jurídica, misma que se activa cuando se afectan o restringen los derechos fundamentales reconocidos en la constitución alemana.

C. España

En el preámbulo de la Constitución española aprobada en octubre de 1978, se señala que la nación española proclama su voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una *digna* calidad de vida.⁶¹

Ello, pone en evidencia la importancia que se le ha dado a la dignidad humana en el seno del progreso social de España, el cual debe traducirse en una calidad de vida de todas las personas, esto es, en una existencia que sea materializada con total dignidad.

Más allá del contenido inicial de la Constitución española, en su articulado existen dos referencias a la dignidad de la persona, una de ellas, se contiene

⁵⁹ Starck, Christian, *op. cit.*, p. 493.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Preámbulo de la Constitución española. Disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 6 de mayo de 2017.

en el artículo 47, el cual habla del derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna, mismo que si bien resulta relevante para el desarrollo de una existencia digna, no será objeto de análisis profundo en esta investigación.

Por otro lado, existe otra referencia a la dignidad en el artículo 10 de la Constitución española, la cual nos parece trascendental, ya que le brinda a la dignidad humana una conexión y repercusión directa en la configuración y desarrollo del Estado social y democrático de derecho español.

Lo anterior, es así porque la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, entre otros elementos, son concebidos como el fundamento del orden político y de la paz social en general.⁶²

Así, se puede afirmar que la sustentación de todo el orden jurídico español en la dignidad humana es convergente con la nueva ola de pensamiento jurídico generada en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. En particular, en España la necesidad de fundar todo el orden en la dignidad y los derechos fundamentales operó como una respuesta a las represiones cometidas contra los españoles y sus derechos durante el régimen de Franco, de esta forma, se buscó evitar la implementación de otra dictadura con consecuencias fatales para la dignidad humana.

Para profundizar más sobre la noción de dignidad, cabría preguntarse si la misma como está contenida en la Constitución española, es decir, en el título I, denominado de los derechos y deberes fundamentales, puede entenderse como un derecho fundamental o como un valor constitucional del orden jurídico español; asimismo, de considerarla un valor constitucional, tendríamos que responder a la siguiente interrogante ¿qué posición juega en relación a los demás valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad, justicia, igualdad y el pluralismo político? En los siguientes párrafos se presentarán algunas respuestas a dichas preguntas, tomando como referencia estudios efectuados por autores españoles que han asumido con rigor dichas cuestiones.

⁶² Artículo 10 de la Constitución española. Disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 6 de mayo de 2017.

Es evidente que la dignidad humana a pesar de estar contenida en el título I referente a los derechos fundamentales no es *per se* un derecho fundamental, lo anterior, tiene que ver con dos cuestiones, en primer lugar, que la dignidad se ubica en otro nivel de discurso en relación a todos los derechos, ya que por disposición constitucional (artículo 10 de la Constitución española) opera como la fuente de los derechos fundamentales y del mismo orden jurídico, en segundo lugar, que no es posible acudir al recurso de amparo español para defender de forma independiente a la dignidad humana, se requiere de la afectación de algún derecho fundamental que paralelamente, dañe la dignidad humana, por ejemplo, un trato diferenciado por parte la autoridad judicial hacia determinada persona por cuestión de sexo o religión afectaría el derecho fundamental de igualdad ante la ley y, consecuentemente, la dignidad de la persona.⁶³

Así, se comprende que la dignidad de la persona reconocida en la Constitución española no es un derecho fundamental, aunque, se conecta de forma intensa con los mismos, al ser su criterio fundacional, unificador y orientador. Una vez resuelta la primer interrogante, quedaría pendiente precisar si la dignidad humana es un valor constitucional en España y, de ser así, que posición juega con relación a los demás valores, en lo que sigue se discutirán tales tópicos.

Para comenzar, se debe identificar que en el artículo 1 de la Constitución de España, se señala que el mismo se constituye en un Estado social y democrático de derecho, asimismo, que propugna como valores superiores de

⁶³ La imposibilidad de recurrir de forma autónoma en defensa de la dignidad humana vía recurso de amparo, se constata en el artículo 53, numeral 2 de la Constitución española que señala que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en *el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo* ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, *a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*. Las cursivas son propias. Disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 6 de mayo de 2017.

su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.⁶⁴

Como se observa en tal precepto constitucional no se contiene la noción de dignidad como valor constitucional de España, lo que podría hacernos entender que la dignidad no es un valor del orden jurídico español, dicha afirmación sería inadecuada bajo un criterio armonizador efectuado sobre la propia Constitución.

En la doctrina española se ha señalado que la dignidad humana sí es un valor constitucional o valor superior del orden jurídico con independencia de que la misma no se encuentre reconocida en el artículo 1 de la Constitución española, por dos razones: a) la dignidad tiene un carácter de parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico español, y b) para hablarse de los valores constitucionales de igualdad, libertad, justicia y pluralismo constitucional, se debe hacer referencia a la noción de dignidad de la persona, ya que dichos valores encuentran su sustento primario en la dignidad humana.⁶⁵

Se comparte dicho pensamiento, ya que la noción de dignidad humana tiene una naturaleza transversal sobre todos los valores constitucionales del orden español, así, no es posible interpretar, aplicar y ejercer los valores de igualdad, libertad, justicia y pluralismo constitucional, sin considerar la dignidad de las personas, la cual comporta un papel rector en las actuaciones de los particulares y de los poderes públicos.

De esta forma, se tiene que en España la dignidad humana es un valor constitucional, pero no sólo eso, se trata de un valor fundacional del resto de

⁶⁴ Artículo 1 de la Constitución española. Disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 11 de mayo de 2017.

⁶⁵ Batista, Fernando, "La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 14, enero-junio de 2006, pp. 3-20, p. 16. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5750/7556> página consultada el 11 de mayo de 2017.

los valores, es decir, tiene supremacía respecto de ellos, pues como se ha señalado la misma le da sentido y dirección a todo el sistema jurídico.⁶⁶

Para profundizar en el tema, se debe señalar que en la doctrina a la dignidad de la persona, se le han asignado tres funciones esenciales, en los siguientes términos: una función fundadora del orden político, una función promocional y una función hermenéutica.⁶⁷

Por lo que hace a la función fundadora es evidente que el orden jurídico español sólo será legítimo en la medida que respete la dignidad humana; por su parte, la función promocional, reviste un ámbito de acción general, ya que implica la obligación del Estado de promover, estimular y facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y, desde luego, remover los obstáculos para su realización. Finalmente, la función hermenéutica, tiene como base la primacía de la dignidad humana sobre los demás valores, de esta forma, la dignidad opera como un parámetro interpretativo de todas las normas que integran el orden jurídico español, por ello, puede establecer el contenido esencial de los derechos fundamentales.⁶⁸

Bajo este sendero, se comprende que la dignidad humana en España asume un rol fundamental en la configuración del orden jurídico y del mismo Estado social y democrático de derecho español, al representar el valor primario y eje central de actuación de todos los entes públicos. Ahora bien, sin desconocer la naturaleza de valor constitucional que se le da a la dignidad, para nosotros la misma, más que un valor debe ser entendida como la fuente o base esencial

⁶⁶ *Ibidem*, p. 16. De forma similar, en nuestro país existen autores que equiparan a la dignidad con un valor, en concreto, señalan que la dignidad es un valor elevado y sublime en el que muchos otros valores encuentran su integración. Pero todavía más, entienden a la dignidad como el valor que posee una persona que se muestra a sí misma en la experiencia como un ser con interioridad y absolutez, véase Guerra López, Rodrigo, *Afirmar a la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 116.

⁶⁷ Batista, Fernando, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 17, 19 y 20. El propio Fernando Batista entiende que el valor dignidad humana como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales desempeña tres funciones relevantes: a) precisar el contenido de los derechos, b) precisar el alcance de su titularidad y c) servir como fuente de nuevos derechos. Véase Batista, Fernando, *op. cit.*, p. 20.

tanto de los valores como de los principios (derechos constitucionales) y de las mismas reglas jurídicas que integran el propio sistema jurídico español.

D. Colombia

La vigente Constitución política de Colombia de julio de 1991 contiene diversas referencias y dimensiones a la idea de dignidad humana, todas ellas derivan y se conectan con la noción primaria de respeto de la dignidad humana contenida en el artículo 1 de dicha constitución, en el cual se le considera como la base fundacional del Estado social de derecho colombiano.⁶⁹

El alcance que la Constitución colombiana le brinda a la dignidad humana como sustento de todo el Estado social de derecho implica reconocer su primacía respecto de otros elementos que configuran el propio orden jurídico como son los derechos fundamentales y los principios fundamentales de los que habla la carta colombiana, como son la soberanía nacional y la diversidad étnica y cultural.

Más allá de la consideración esencial y primaria de la dignidad humana contenida en el artículo 1 de la Constitución colombiana, se pueden ubicar varias dimensiones o extensiones de la misma en los siguientes preceptos constitucionales:⁷⁰

- Artículo 25, que reconoce el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.
- Artículo 42, el cual señala que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.
- Artículo 51, que reconoce el derecho de los colombianos a una vivienda digna.

⁶⁹ Véase artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, disponible en http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf página consultada el 14 de mayo de 2017.

⁷⁰ *Cfr.* artículos 25, 42, 51, 53 y 70 de la Constitución Política de Colombia disponible en http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf página consultada el 14 de mayo de 2017.

- Artículo 53, en el cual se establece una protección contra la ley y los acuerdos de trabajo que menoscaben la dignidad humana de los trabajadores.
- Artículo 70, en el que se reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en Colombia.

En este sentido, se observa que la carta fundamental colombiana trató de proteger y reconocer la dignidad de las personas en sus diversas manifestaciones ya sean laborales, familiares, de vivienda y en relación al género, entendiendo que tales manifestaciones encuentran su sustento en el respeto a la dignidad humana como principio fundamental contenido en el artículo 1 constitucional.

Una vez delimitada la recepción constitucional de la dignidad humana en Colombia, la cual es compatible con la consideración que sobre la misma se ha efectuado en el seno de otros países, por ejemplo, España, se estima relevante describir las diversas formas de comprensión que la Corte Constitucional colombiana ha realizado en torno a la noción de dignidad, lo que resultará enriquecedor para nuestra investigación, ya que tal Corte interpreta a la dignidad humana desde otras posturas a las generalmente conocidas.

Se parte de la épica sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, emitida por la Séptima Sala de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se efectúa un análisis exhaustivo de la noción de dignidad humana y de su naturaleza jurídica en el orden político de Colombia.

Dicha sentencia desarrolla la premisa de que la dignidad humana como entidad normativa puede presentarse de dos formas, esto es, a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.⁷¹

Para explicar a la dignidad desde su objeto concreto de protección en la sentencia que se comenta, se recuerda que Sala de la Corte Constitucional ha

⁷¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, p. 1, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>, página consultada el 14 de mayo de 2017.

identificado a lo largo de su jurisprudencia tres posturas: a) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida (vivir como se quiera), b) la dignidad comprendida como determinadas condiciones materiales de existencia (vivir bien), y c) la dignidad como intangibilidad de bienes no patrimoniales, integridad física y moral (vivir sin humillaciones).⁷²

En otros términos, se trata de entender a la dignidad humana como autonomía individual, como condiciones de existencia y como intangibilidad de ciertos bienes. Así, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional alude a que la dignidad está relacionada con tres elementos de la persona natural: a) la autonomía individual (referida a elegir un proyecto de vida), b) ciertas condiciones de existencia cualificadas (circunstancias materiales para desarrollar el proyecto de vida), y c) la intangibilidad del cuerpo y espíritu (a saber, la integridad física y espiritual). Dichos ámbitos de la dignidad conllevan, en su generalidad el objeto de protección de las normas constitucionales, las cuales se guían por el contenido del artículo 1 de la Constitución de Colombia.⁷³

Se comparte dicha interpretación, la cual resulta interesante, ya que presenta una dimensión tripartita de una noción de dignidad humana (como objeto concreto de protección), misma que rescata la esencia de la persona, al considerar tres fases para su perfección, la primera relacionada con la elección de un proyecto de vida, la segunda concerniente a su materialización efectiva y la tercera expresada en el respeto a la integridad del ser humano.

Por otro lado, como se ha apuntado, la Corte Constitucional también ha interpretado la expresión dignidad humana a partir de su funcionalidad normativa, la cual se desdobra, a su vez, en tres sentidos: a) la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico y de esta forma interpretada como valor, b) la dignidad comprendida como principio

⁷² *Idem.*

⁷³ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párrs.12 y 16.

constitucional, y c) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.⁷⁴

Analicemos pues, cada uno de estos sentidos de la dignidad humana desde su aspecto funcional, comenzaremos con la dignidad entendida como principio fundacional del orden jurídico colombiano. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en la sentencia que se analiza, que la dignidad humana constituye un elemento definitorio del Estado social y de la democracia constitucional en Colombia, por lo que se da una suerte de unión conceptual obligatoria entre la dignidad y el Estado, así la dignidad opera como el pilar ético fundamental del orden jurídico, con todas las implicaciones que ello entraña, como el reconocer la naturaleza axiológica y normativa de la noción dignidad humana, a saber, la conexión de la lógica de lo mejor con la lógica de lo debido.⁷⁵

Sobre esta dimensión de la dignidad humana como elemento fundante del Estado social de derecho colombiano, se puede señalar que es la menos problemática, ya que materializa el criterio prevaleciente en la mayoría de los países latinos que colocan a la dignidad como el eje central del orden jurídico, la única crítica que se podría señalar tiene que ver con la equiparación de la dignidad con un valor de la sociedad, lo que se estima inadecuado por las consideraciones ya expuestas en líneas precedentes de esta investigación.

Para continuar con nuestro análisis, se tiene, por otro lado, la interpretación que efectuó la Corte Constitucional de la dignidad humana como principio constitucional, al referir que se trata de un mandato, deber positivo o principio de acción, bajo el cual todos los poderes públicos, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar las acciones equiparables con sus funciones constitucionales y legales, a fin de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de los ámbitos de la dignidad humana, es decir, la

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 19.

⁷⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párrs.20 y 21.

autonomía individual, las condiciones de existencia y la integridad física y moral.⁷⁶

Dicha interpretación implica acentuar las obligaciones de hacer que tiene el Estado social de derecho para mantener la dignidad de todas las personas, así no sólo debe abstenerse de intervenir en los derechos fundamentales, sino que además entraña el compromiso de buscar en todo momento su efectiva realización.

Así, lo confirma la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-596 de 1992 al señalar que la dignidad humana no sólo determina un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección de las condiciones de vida digna. Asimismo, en la sentencia T-958 de 2001, se indicó que el principio de dignidad humana exige del Estado y de los particulares un compromiso permanente por respetar los valores de igualdad, libertad y solidaridad.⁷⁷

Finalmente, sobre el tercer sentido o dimensión de la dignidad humana en su ámbito de funcionalidad normativa, la Corte Constitucional colombiana la ha equiparado a un derecho fundamental.

Para dicho órgano de protección constitucional, el derecho a la dignidad es un derecho autónomo que cuenta con todas las características que conlleva un derecho fundamental, a saber, un titular concretamente identificado (personas naturales), un objeto de protección delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela), por lo que la Corte constitucional ha entendido que se consolida un verdadero derecho subjetivo.⁷⁸

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 24.

⁷⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párr. 25.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 26.

Para sustentar su postura dicha Corte presenta un análisis de diversas sentencias que han afirmado a la dignidad como un derecho⁷⁹ y, además, determinaciones que han entendido a la dignidad como fuente de otros derechos⁸⁰, lo anterior, con el objeto de contar con criterios divergentes a su interpretación final.

Así, la Corte Constitucional determina que una interpretación más comprensiva de la Constitución colombiana permite la identificación de nuevos ámbitos de protección de la dignidad humana (autonomía individual, condiciones materiales de existencia e intangibilidad de bienes inmateriales: integridad física y moral)⁸¹ que justifican el tratamiento de la misma como un verdadero derecho fundamental, según esto, para la Séptima Sala de dicho órgano constitucional, la nueva dimensión social de la dignidad, se asume como argumento suficiente para reconocer su condición de derecho fundamental autónomo.⁸²

⁷⁹ Por ejemplo, al describir la sentencia T-124 de 1993, la Corte Constitucional explica que en dicha sentencia se estableció que la dignidad es un atributo de la persona y, en cuanto tal, todos tienen derecho a que sean tratados conforme a esa dimensión específicamente humana. *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párr. 27.

⁸⁰ En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana expone la sentencia T-477 de 1995, en la cual se afirmó que la dignidad humana se constituye a su vez en fuente de otros derechos, razón por la cual, toda afectación al derecho a la identidad, es también una vulneración al derecho a la dignidad humana. *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párr. 27.

⁸¹ De esta forma, para la Corte Constitucional los ámbitos de protección de la dignidad humana deben comprenderse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales las personas se desarrollan ordinariamente. Véase Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párr. 29.

⁸² *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002, párrs. 28 y 29.

Desde nuestro punto de vista, la dignidad humana no debería considerarse como otro derecho fundamental autónomo, sino más bien debe asumirse como el sustento de todos los derechos, derivado de su naturaleza primaria y su ubicación en el orden constitucional colombiano como fuente rectora e informadora del Estado social de derecho, lo cual no implica representar a la dignidad humana como un término vacío, desde el ámbito jurídico, ya que su protección y defensa jurisdiccional está garantizada por referencia a todos los derechos fundamentales subyacentes a la misma.

Más aún, del análisis de todas las sentencias referidas por la Corte Constitucional en el sentencia T-881/02, se observa que la dignidad humana es un elemento que se relaciona y conecta con diversos derechos fundamentales, por ejemplo, igualdad, libertad, identidad personal, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, a fin de dirigirlos y brindarles contenido positivo, asimismo, del estudio de las referencias a la dignidad humana en la Constitución de Colombia, se corrobora que la dignidad humana es un elemento informador expresamente de los derechos al trabajo, familia, vivienda e igualdad, por lo que una construcción teórica y práctica del derecho fundamental a la dignidad humana se hace innecesaria, ya que la misma se protege como elemento fundacional de todo derecho, además de que dicha comprensión distorsiona el lugar que encierra la dignidad humana como elemento rector del orden jurídico colombiano.

E. México

En nuestro país el texto original de la Constitución política promulgada el 5 de febrero de 1917, sólo hacía una referencia a la idea de dignidad en el artículo 16, pero desde un enfoque diverso al estudiado en esta investigación, al aludir, en términos generales, que las denuncias penales debían estar respaldadas por declaraciones de personas dignas de fe.⁸³

Más allá de dicho señalamiento, extrañamente, no existía en el texto constitucional original alguna otra referencia a la noción de dignidad humana o

⁸³ *Cfr.* Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, versión original, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf, página consultada el 16 de mayo de 2017.

a sus adjetivos, por lo que podemos afirmar que el estatus normativo de la dignidad humana, se logró mediante un desarrollo constitucional que comenzó en 1946 y culminó en 2001 como se precisará en los párrafos siguientes.

En la actualidad, la Constitución mexicana incorpora en los siguientes preceptos constitucionales la idea de dignidad humana:⁸⁴

- En el artículo 1, se señala que queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana. Cabe indicar que dicha referencia se incorporó en la Constitución mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.
- En el artículo 2, se reconoce el respeto de la dignidad de las mujeres en el ejercicio de los sistemas normativos de los pueblos y las comunidades indígenas. Tal reconocimiento se estableció mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.
- En el artículo 3, se establece que la educación contribuirá a la convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la dignidad de la persona. La modificación a dicho artículo para incorporar la noción de dignidad, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1946.
- En el artículo 4, se precisa que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna, dicha referencia se introdujo mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1983.
- En el artículo 25, se establece que el desarrollo nacional debe permitir el pleno ejercicio de la dignidad de los individuos. Cabe referir que tal recepción se materializó mediante modificación constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983.
- En el artículo 123, se regula que toda persona tiene derecho a un trabajo digno, principio que se incorpora mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de diciembre de 1978.

⁸⁴ Véase artículos 1, 2, 3, 4, 25 y 123 de la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, página consultada el 16 de mayo de 2017.

Por otra parte, cabe hacer notar que en nuestro país durante 11 años, se reconoció en el artículo 4 constitucional la dignidad de la niñez, misma que debía propiciar su respeto el propio Estado. Tal reconocimiento se incorporó mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de abril de 2000. La mencionada referencia a la dignidad de la niñez fue eliminada mediante reforma constitucional publicada en el mismo medio de difusión oficial el 12 de octubre de 2011.

Bajo este sendero, se comprende que el reconocimiento constitucional de la dignidad humana en México vivió un lento proceso de transformación, a pesar de que en el constitucionalismo mundial, ya se consideraba a la misma como valor o fuente de todos los derechos fundamentales, como se apuntó al analizar otros países.

Con base en el análisis efectuado sobre el reconocimiento de la dignidad humana en la Constitución mexicana, se puede interpretar que la misma reviste una importancia radical para determinar el contenido de los derechos humanos y la actuación del Estado mexicano, en este sentido, si bien no se establece, de forma expresa, su carácter fundante respecto de todos los derechos humanos y del orden jurídico, sí se reconoce como criterio rector del desarrollo nacional y de la educación que brinda el Estado. Asimismo, se precisa su conexión directa con ciertos derechos subjetivos como el de igualdad, acceso a la vivienda y a un trabajo socialmente útil, lo que no impide su aplicación extensiva a los demás derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, todo ello, bajo la aplicación de los principios de interpretación conforme y pro persona establecidos en la carta fundamental de nuestro país.

Ahora bien, a fin de obtener una radiografía más completa del estatus normativo de la dignidad humana, se recurrirá a los criterios y consideraciones que sobre la misma ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, así se tiene que el máximo Tribunal de nuestro país mediante jurisprudencia ha configurado una naturaleza dual de la dignidad humana, al considerarla como un principio jurídico que permea todo el

ordenamiento y como un derecho fundamental a favor de las personas, por medio del cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades y particulares de respetar y proteger la misma. De esta forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido que la dignidad humana no se confunde ni se identifica con un precepto simplemente moral, sino que se irradia en el ordenamiento como un bien jurídico esencial al ser humano, por lo tanto, merecedor de las más amplia protección.⁸⁵

Por otro lado, el criterio jurisprudencial de los Tribunales Colegiados de Circuito ha asumido la idea de que la dignidad humana es un derecho y además un elemento fundacional del orden jurídico, al señalar que del concepto de dignidad humana se desprenden todos los demás derechos necesarios para que las personas desarrollen su personalidad, así como que existe un derecho a la dignidad que es propio de las personas físicas y no de las personas jurídicas.⁸⁶

Todavía más, se ha referido por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil, que la dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos,⁸⁷ criterio que se asume y se reconoce como necesario para la correcta comprensión de la idea de dignidad en nuestro país.

En otro sentido, se ha afirmado que la dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1 de la Constitución mexicana, cuya eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin ninguna excepción.⁸⁸

⁸⁵ Primera Sala, "Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética" tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.) en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 633.

⁸⁶ Tribunales Colegiados de Circuito, "Derecho a la dignidad humana. Es connatural a las personas físicas y no a las morales", tesis de jurisprudencia VI.3o.A. J/4 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XXIII, t. 3, agosto de 2013, p. 1408.

⁸⁷ Tribunales Colegiados de Circuito, "Dignidad humana. Definición", tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/30 (9a.) en materia civil, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 3, octubre de 2011, p. 1528.

⁸⁸ Tribunales Colegiados de Circuito, "Dignidad humana. Su naturaleza y concepto", tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/31 (9a.) en materia civil, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 3, octubre de 2011, p. 1529.

Existe también una tesis aislada del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala que la Constitución de nuestro país, en conjunto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México reconocen el valor superior de la dignidad humana, así como que la misma se constituye como un derecho fundamental, base y condición de todos los demás derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana.⁸⁹

Como criterio contenido en resoluciones del máximo Tribunal del país, cabe identificar la sentencia recaída al amparo en revisión 237/2014 de la Primera Sala, mediante la cual se estableció la obligación de la Secretaría de Salud de expedir una autorización a favor de los quejosos para la realización de los actos relacionados con el consumo personal de marihuana con fines lúdicos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar), lo que no supone una autorización para la realización de actos de comercio de dicho estupefaciente.⁹⁰

En la resolución también se aludió que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad, la que a su vez está prevista en el artículo 1 de la Constitución mexicana.⁹¹ Bajo este esquema, se reconoció en la sentencia que la base de los derechos humanos, en concreto, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra en la propia dignidad humana.

⁸⁹ Tribunal pleno, “Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales”, tesis aislada P. LXV/2009 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Quejosos: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.*, Amparo en revisión 237/2014, Sentencia del 4 de noviembre de 2015, pp. 77, 78 y 82, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, página consultada el 22 de mayo de 2017 (México).

⁹¹ *Ibidem*, p. 30.

Con base en todo lo apuntado, se pueden obtener las siguientes reflexiones en torno a la consideración del Poder Judicial de la Federación sobre la dignidad humana en México:

- La dignidad humana entraña una naturaleza bifronte, ya que la misma se desarrolla como elemento fundacional del orden jurídico y además como un derecho fundamental, lo que implica que puede ser protegida por una garantía jurídica.
- La dignidad humana es un valor supremo respecto de los derechos constitucionales, a los cuales informa y les brindan su esencia y fin.
- La dignidad humana debe ser respetada y protegida por todos los poderes públicos y los particulares.
- La dignidad humana es connatural de las personas físicas y no de las personas jurídicas.

Pese a dichas interpretaciones jurisprudenciales, a nuestro juicio la dignidad humana debe asumirse únicamente como un elemento fundacional e informador de todo el ordenamiento jurídico y no como un derecho humano o como un valor (superior o no), ya que se torna innecesario y poco productivo dotarlo de naturaleza de derecho o de valor supremo, pues al ser un elemento que le brinda contenido y esencia a los valores de nuestra sociedad y, paralelamente, a todos los derechos humanos (que por cierto son ideales morales positivizados), la vulneración a la dignidad humana, se puede combatir por violación directa a cualquiera de los derechos con conexión expresa o implícita a la dignidad, que como característica define a la naturaleza de todo ser humano.

5.- Interpretación de la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resulta extraño que en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no existe una interpretación profunda en torno a la dignidad humana, pese a que la misma está contenida en los principales instrumentos interamericanos como se mencionó en otro apartado de la

presente investigación. Sin embargo, conviene identificar algunos criterios o señalamientos que ha realizado la Corte IDH respecto al sentido y alcance de la dignidad humana, así de forma cronológica y no exhaustiva se han encontrado las siguientes interpretaciones:⁹²

En la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, solicitada por el gobierno de Costa Rica, la Corte IDH identificó que los derechos humanos (en el caso, igualdad), se sustentan o desprenden de la dignidad humana, todavía más, dicho órgano jurisdiccional entendió que existe una unidad de la dignidad de la persona humana lo que materializa la inseparabilidad, por ejemplo, de la igualdad con la dignidad esencial de la persona,⁹³ lo cual en nuestra opinión implicaría un reconocimiento de la conexión necesaria entre la dignidad humana y todos los derechos humanos.

En el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de 1988, la Corte IDH interpretó que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana, más aún, señaló que las prácticas de desapariciones genera el abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que fundamentan el propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).⁹⁴

⁹² Para tener un panorama más amplio de la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede consultar el trabajo conjunto de Viviana Bohórquez y Javier Aguirre en el cual se detallan cinco sentencias de los siguientes casos: a) *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, b) *Caballero Delgado y Carmen Santana vs Colombia*, c) *Neira Alegría y otros vs Perú*, d) *Villagrán Morales y otros vs Guatemala*, y e) *Penal Miguel Castro Castro vs Perú*. En nuestra opinión en tales asuntos contenciosos no se presenta un criterio útil u orientador sobre el sentido de la dignidad humana. Véase Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier, “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, pp. 41-63, pp. 51-57, disponible en <http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201424162732462-85543216.pdf>, página consultada el 6 de junio de 2017.

⁹³ *Cfr.* Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrs. 55, 56 y 58, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf, página consultada el 6 de junio de 2017.

⁹⁴ Véase Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 154 y 158, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, página consultada el 6 de junio de 2017.

En el caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras* de 1989, la Corte IDH reiteró su criterio referente a que la práctica de desapariciones forzadas significa una ruptura total con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, consecuentemente, un abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios esenciales del SIDH.⁹⁵

En la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte IDH reconoció que el principio de interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano,⁹⁶ lo que conllevaría entender a la dignidad humana como el criterio rector y regulador de los derechos del niño.

En el caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica* de 2012, la Corte IDH interpretó que la protección a la vida privada comporta una serie de factores como la capacidad para desarrollar la propia personalidad, determinar su propia identidad y definir sus relaciones personales, los cuales están conectados con la dignidad del individuo.⁹⁷

Con base en dichas interpretaciones, se puede identificar que la Corte IDH entiende a la dignidad humana como el eje regulador y director de los derechos humanos, así como de los valores de la comunidad y principios del SIDH, que en diversos grados del discurso, encuentran su fundamento último en la dignidad de la persona.

El esquema de interpretación jurisprudencial de la Corte IDH, se puede ampliar y representar bajo el siguiente modelo:

⁹⁵ Corte IDH, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras* (Fondo), Sentencia del 15 de marzo de 1989, serie C, núm. 6, párrs. 150 y 151, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf, página consultada el 6 de junio de 2017.

⁹⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A, núm.17, párr. 56, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, página consultada el 6 de junio de 2017.

⁹⁷ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 143, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, página consultada el 6 de junio de 2017.

Discurso en torno a la dignidad humana:	
Cuarto peldaño del discurso:	Normas que no contienen derechos humanos, i.e: Estatuto de la Corte IDH.
Tercer peldaño del discurso:	Principios del SIDH, i.e: obligación de los Estados de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno
Segundo peldaño del discurso:	Derechos humanos
Primer peldaño del discurso:	Valores de las comunidades interamericanas
Base y razón de ser del discurso:	Dignidad humana

6.- Interpretación de la dignidad humana en la Corte Europea de Derechos Humanos

Se sabe que en el ámbito europeo fue hasta el año 2002 que se hace referencia expresa a la dignidad humana (mediante la adopción del Protocolo número 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), ello como excepción a la ola de incorporación de la dignidad en los textos sobre derechos humanos surgidos después de la Segunda Guerra Mundial.⁹⁸

No obstante lo anterior, mediante diversas interpretaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), en concreto, el artículo 3 del citado Convenio (que establece la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes), la Corte EDH ha extendido y utilizado el concepto e idea de dignidad humana como base de sus decisiones judiciales.⁹⁹

Así, se puede afirmar que la primera referencia de la Corte EDH en torno a la dignidad humana aparece en el caso *Tyrer vs Reino Unido* (1978),

⁹⁸ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron los planteamientos formulados por McCrudden, véase McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008, pp. 655-724, p. 683, disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>, página consultada el 7 de junio de 2017.

⁹⁹ *Idem*.

posteriormente existen diversos señalamientos sobre dicha expresión en varios asuntos, de los cuales se destacan los siguientes: *Bock vs Alemania* (1989), *Ribitsch vs Austria* (1995), *Pretty vs Reino Unido* (2002) y *Hass vs Suiza* (2011).¹⁰⁰

En el caso *Tyrer vs Reino Unido* de 1978, la Corte EDH relaciona la dignidad humana con la consideración de que las personas no pueden ser tratadas como objetos en poder de las autoridades al momento de aplicar una sanción, lo cual además puede comportar efectos físicos y psicológicos negativos en las personas, lo que no se corresponde con los mandatos del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁰¹

En el caso *Bock vs Alemania* de 1989, la Corte EDH le otorga un importante contenido a la idea de dignidad humana, al considerar que la misma puede ser gravemente invadida cuando en un procedimiento judicial, ante la alegación de la enfermedad mental de una de las partes (no comprobada), se prolonga por mucho tiempo (nueve años) el procedimiento de divorcio, lo que lo convierte además en un juicio injusto.¹⁰²

Por otro lado, se destaca el caso *Ribitsch vs Austria* de 1995, en el mismo la Corte EDH enfatiza el alcance de la dignidad humana cuando una persona se encuentra privada de su libertad (prisión preventiva) a consecuencia de una falta criminal, en dicho supuesto, señala la Corte EDH, que cualquier recurso a la fuerza física que no fuera estrictamente necesario por la propia conducta implica una disminución a la dignidad humana y en esencia una infracción al

¹⁰⁰ *Cfr. McCrudden, Christopher, op. cit.*, p. 683.

¹⁰¹ CEDH, *Case Tyrer v. The United Kingdom* (Application num. 5856/72), Sentencia del 25 de abril de 1978, párr. 33, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587>, página consultada el 7 de junio de 2017.

¹⁰² CEDH, *Case Bock v. Germany* (Application num. 11118/84), Sentencia del 29 de marzo de 1989, párr. 48, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57440>, página consultada el 7 de junio de 2017.

artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁰³

En el caso *Pretty vs Reino Unido* de 2002 se abordó el tema de la eutanasia, la petición versaba sobre la no prosecución judicial a una persona que asistiría a otra para suicidarse derivado de una enfermedad terminal que padecía y que le impedía causarse la muerte por sí misma, aludiendo que la prohibición del suicido asistido infringía, entre otros derechos, el derecho a la vida en su aspecto negativo. La Corte EDH fijó su criterio señalado que el derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no autorizaba un derecho a causarse la muerte. Así, concluyó que no existió violación al derecho a la vida señalado por la peticionaria en su aspecto negativo, por otro lado, en el análisis de la alegada afectación al derecho al respeto a la vida privada, la Corte EDH identificó que la esencia del Convenio es de respeto para la dignidad humana.¹⁰⁴

¹⁰³ CEDH, *Case Ribitsch v. Austria* (Application num.18896/91), Sentencia del 4 diciembre de 1995, párr. 38, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57964>, página consultada el 7 de junio de 2017.

¹⁰⁴ CEDH, *Case Pretty v. United Kingdom* (Application num. 2346/02), Sentencia del 29 de abril de 2002, párrs. 10, 12, 32, 34, 35, 38 y 39, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>, página consultada el 7 de junio de 2017.

En referencia al caso *Hass vs Suiza* de 2011, la Corte EDH revivió el tema de la eutanasia en Europa,¹⁰⁵ se trataba de un peticionario que a pesar de no padecer una enfermedad terminal requería que se le proporcionara un medicamento para terminar con su vida, ello sin contar con una prescripción médica; en particular, la Corte EDH identificó que las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación para atender los asuntos como el que se comenta (lo que incluiría el ponderar derechos en tensión), asimismo, reconoció que a pesar de que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar medidas para facilitar el acto del suicidio con dignidad, las autoridades suizas no fallaron en tal cometido, por lo que no se configuró una violación al derecho consagrado en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como lo afirmaba el peticionario.¹⁰⁶

Con base en el análisis de las anteriores sentencias, podemos obtener algunas reflexiones sobre la interpretación de la dignidad humana por parte de la Corte EDH, en los siguientes términos:

¹⁰⁵ Una visión más reciente de la interpretación que la Corte EDH tiene sobre el suicidio asistido, se observa en el caso *Gross vs Suiza*, en el cual una persona que no padecía una enfermedad grave solicitó que se le prescribiera un medicamento para suicidarse (lo que podríamos identificar como una petición para interrumpir su vejez), ningún médico ni centro de salud público accedió en un primer momento a su petición (después sí se emitió la prescripción). Lo relevante del asunto fue que la Corte EDH conoció de la emisión de la prescripción médica y del inminente suicidio del solicitante (cometido el 10 de noviembre de 2011) tiempo después de que la propia Sala de la Corte juzgara que sí había existido violación al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como lo afirmaba la peticionaria (sentencia del 14 de mayo de 2013). En este sentido, la Gran Sala de la Corte EDH estimó que por el ocultamiento de información se configuraba la hipótesis de abuso de un derecho, así declaró finalmente inadmisibile la demanda y no definitiva la resolución de la Sala del 14 de mayo de 2013. Para un mayor análisis véase CEDH, *Case Gross v. Switzerland* (Application num. 67810/10), Sentencia del 30 de septiembre de 2014, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146780>, página consultada el 8 de junio de 2017. Para una revisión de la determinación inicial de la Sala de la Corte EDH en donde se fijó el criterio en torno al suicidio asistido, véase *Case Gross v. Switzerland* (Application num. 67810/10), Sentencia del 14 de mayo de 2013, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119703>, página consultada el 8 de junio de 2017.

¹⁰⁶ CEDH, *Case Haas v. Switzerland* (Application num. 31322/07), Sentencia del 20 de enero de 2011, párrs. 53 y 61, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102940>, página consultada el 8 de junio de 2017.

- La dignidad humana implica asumir el postulado kantiano referente a que las personas deben ser tratadas como un fin en sí mismo y no sólo como un medio u objeto por parte de las autoridades.
- La esencia del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es de respeto a la dignidad humana, por lo que no existe un derecho humano a la vida en su aspecto negativo, es decir un derecho a causarse la muerte.
- Pese a ello, derivado del margen de apreciación nacional, en países en donde se regula el suicidio con dignidad como en Suiza, las autoridades estatales están obligadas a realizar acciones y adoptar medidas para materializar dicho suicidio.

Con todo lo descrito, se puede apreciar que la Corte EDH, al igual que la Corte IDH, no ha presentado una interpretación contundente sobre la dignidad humana, ya que sólo se ha centrado en describir su alcance en casos específicos sobre diversas materias, pero faltaría que identificará una postura más amplia sobre su esencia y características, así como su rol frente a los derechos humanos y al mismo orden jurídico europeo.

7.- Tres comprensiones de la dignidad humana: Habermas, Luhmann y Atienza

Se anunció al inicio de la investigación que no era nuestro objetivo presentar un concepto propio de dignidad humana, sino más bien generar ideas para armar ciertas bases para la comprensión de dicha noción, lo cual consideramos más útil y realista, ya que la misma expresión comporta una naturaleza polisémica y pluridimensional, por lo que cualquier ejercicio intelectual enfocado a encasillar la noción de dignidad humana es, desde nuestro entender, infructífero e indeseable.

Sin embargo, para crear dichas bases, se debe analizar la literatura jurídica-filosófica contemporánea, en la cual ya se han presentado algunas ideas, concepciones o, mejor, comprensiones sobre la expresión dignidad humana, lo cual fungirá como un elemento de contraste entre los postulados de

Habermas, Luhmann y Atienza en la configuración de la dignidad humana y la comprensión que sobre misma se realizará en esta investigación.

Se han elegido sólo a tres autores de la lista extensa de personas que han analizado la expresión dignidad humana a lo largo de la historia universal de la humanidad, dejando fuera a autores como Empédocles, Demócrito, Séneca, San Agustín, Maquiavelo, Kant, Hegel, Verdú, Schiller y Skinner.¹⁰⁷

Lo anterior, no fue una casualidad, se sustenta esencialmente en las siguientes razones:

- Se busca representar una noción contemporánea de la dignidad humana.
- Las concepciones de dignidad humana esbozadas por Habermas, Luhmann y Atienza, representan un análisis tridimensional de la misma al abordar, respectivamente, su aspecto moral, social y jurídico.
- Los tres autores han sido adoptados y estudiados ampliamente en el contexto mexicano, esto es, representan teorías ya conocidas en el seno nacional.

A. Jürgen Habermas

Para Habermas la dignidad humana constituye la fuente moral (como dice la Constitución del Estado de Sajonia) de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento.¹⁰⁸

Más aún, afirma dicho autor que la dignidad humana es la guía conceptual que une la moral del respeto igualitario de las personas con el derecho, de tal

¹⁰⁷ Para una reconstrucción cronológica de las concepciones de la dignidad humana en la época antigua, medieval, moderna y contemporánea veáse Oehling De los Reyes, Alberto, *op. cit.*, pp. 88-100. Un estudio sobre la dignidad humana en el pensamiento de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant y Schiller se encuentra en Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 61-78.

¹⁰⁸ *Cfr.* Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 3-25, p. 6, disponible en http://www.sciel.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001, página consultada el 21 de junio de 2017.

suerte que su interacción puede dar origen a un orden jurídico fundado en los derechos humanos.¹⁰⁹

Bajo estas iniciales premisas, se comprende que para Habermas el concepto de dignidad no es una expresión vacía, ya que la misma representa una idea igualitaria de la moral; así, asume que la idea de los derechos humanos es una idea moralmente cargada del concepto de dignidad humana.¹¹⁰

De acuerdo con dichos postulados, se explica la naturaleza conectiva de la noción dignidad humana, la cual se representa como un puente a través del cual la sustancia igualitaria y universalista de la moral, de la que habla Habermas, se traslada al mundo del derecho.¹¹¹

Para dicho autor, únicamente el vínculo interno entre la dignidad humana y los derechos humanos puede materializar la fusión explosiva de los contenidos morales en el fenómeno jurídico, a fin de construir órdenes jurídicos justos, todo ello, constituye en esencia, el legado de las revoluciones constitucionales del siglo XVIII, mismo que se traduce en la carga moral del derecho.¹¹²

Resultan interesantes las consideraciones de Habermas respecto a la noción moral de la dignidad humana, en concreto, el aspecto unidimensional de la expresión, ya que pone de manifiesto lo que otros autores contemporáneos han referido sobre la imposibilidad de hablar jurídicamente en serio de dignidad sin hacerlo moralmente.¹¹³

Para continuar con nuestro análisis, cabe indicar que para Habermas la noción moral de dignidad no es la única aproximación posible, también considera una postura materialista-dialógica, bajo la cual la dignidad no se manifiesta como una propiedad que se tenga por la naturaleza como la inteligencia o los ojos azules, sino más bien se destaca como algo inviolable

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁰ *Cfr.* Habermas, Jürgen, *op. cit.*, pp. 3 y 5.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 3

¹¹² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 22.

¹¹³ *Cfr.* García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 95.

que sólo tiene sentido en las relaciones entre las personas, es decir, en su trato cotidiano y recíproco.¹¹⁴

De esta forma, Habermas no asume una visión de la dignidad humana como atributo ontológico o intrínseco, sino como un valor que se asigna a una vida en concreto por ciertas razones; desde su concepción, toda vida humana es acreedora o merecedora de dignidad, por otro lado, es partidario de extender el concepto de dignidad también a la vida embrionaria. Con mucho, el filósofo alemán reconoce que la discusión en torno a la dignidad es una discusión inacabada y abierta, en la cual no se tiene un consenso explícito.¹¹⁵

Sobre esta postura materialista de Habermas, cabe acotar que la misma es confusa, ya que no queda claro el alcance y parámetros para determinar cuáles son las razones para asignar el valor dignidad a la vida de las personas, todavía más, dicha apreciación materialista parecería aceptar que no todas las personas gozan de dignidad o que gozan de la misma en diversos grados, lo cual es inaceptable desde nuestra visión.

En efecto, si lo que Habermas pretendía señalar es que la dignidad humana se manifiesta en las relaciones interpersonales y de diálogo, a saber, en parámetros comunicativos y no como una propiedad intrínseca, se compartiría su postura, con la única condición de que todos las personas gocen *prima facie*¹¹⁶ de la misma, si su idea era contraria, es decir, que asumía criterios racionales para la asignación de la dignidad humana a ciertas personas, se estaría en total desacuerdo con su pensamiento.

¹¹⁴ Habermas, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 50-56. (original no consultado, cit. por Oehling De los Reyes, Alberto, *op. cit.*, pp. 118-119).

¹¹⁵ Cfr. Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 81 y 83.

¹¹⁶ En este punto, la cualidad *prima facie* de la dignidad humana, tendría un sentido realista, esto es, implicaría reconocer que todos las personas gozan inicialmente de dignidad humana, pero que la misma puede ser vulnerada (lo que no supondría su pérdida) mediante violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades públicas y de los particulares.

B. Niklas Luhmann

Para empezar, cabe indicar que Luhmann presenta una reflexión compleja sobre la dignidad humana, su postura respecto a la misma, se encuentra en su obra titulada: *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, publicada en su versión castellana en 2010, en dicha obra Luhmann efectúa un análisis sobre las relaciones entre la libertad y la dignidad, para lo cual se pregunta ¿qué es la dignidad del ser humano?

Para responder a tan difícil interrogante, el autor señala que la dogmática constitucional vigente interpreta dicho concepto omitiendo las ciencias que se ocupan del ser humano o de la sociedad humana, asimismo, critica las concepciones sobre dignidad humana por la falta de rigurosidad en la argumentación, por ejemplo, la que señala que la dignidad es la esencia del hombre, por lo que el ser humano tiene derecho a la dignidad, afirmaciones que para Luhmann se excluyen mutuamente, ya que sólo puede tenerse derecho a lo que puede perderse y la esencia es precisamente una cualidad que no puede perderse.¹¹⁷

Más allá de dichos inconvenientes, Luhmann parte de la idea de que el concepto de dignidad designa condiciones fundamentales de éxito de la presentación de sí mismo de un ser humano como personalidad individual, asimismo, para dicho autor la dignidad es una condición previa para que el ser humano pueda socializar como individuo en la interacción interpersonal.¹¹⁸

Ello, en nuestra opinión, pone de relieve que la dignidad humana tiene un alcance dual, a saber, psicológico y social, el primero por la relación que hace Luhmann de la noción dignidad con la personalidad individual, el segundo, por

¹¹⁷ Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2010, pp. 144 y 146.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 148 y 151. De hecho, para Luhmann el concepto de dignidad es una denominación formulada conforme a valores para la problemática interna o externa de las presentaciones de sí mismo del ser humano, véase Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 151.

la consideración de la dignidad como antecedente de todo proceso de socialización.

Para profundizar en la descripción del concepto de dignidad, de acuerdo con el autor que se comenta, la dignidad humana no es un atributo de la naturaleza como lo es la inteligencia, tampoco es un valor que el ser humano tenga en sí mismo, más bien debe constituirse, al ser un concepto de aspiración, la dignidad es el resultado de logros de presentación difíciles, conscientes o inconscientes, referidos a intereses generales de la personalidad.¹¹⁹

De esta manera, se comprende que la dignidad no es una cualidad natural innata del ser humano, ni de valores que la impliquen, se trata de precondiciones internas y externas de la presentación de sí mismo en el contexto de la personalidad individual y de cara al proceso de comunicación.¹²⁰

Ahora bien, cabe notar que para Luhmann, por desconcertante que parezca, la dignidad humana se pierde por implicaciones simbólicas de la propia conducta, de manera que es difícil influenciarla estatalmente, ya que el ser humano es responsable en primera línea de su dignidad, así los problemas internos de la misma están en manos de cada persona.¹²¹

Bajo todo este sendero, se puede reflexionar que el concepto de dignidad de Luhmann es dinámico y arriesgado; dinámico porque establece una convergencia interesante entre el aspecto psicológico, es decir, la personalidad individual que se manifiesta en las presentaciones propias de cada persona y, el aspecto social, a saber, la necesidad de desarrollo de la dignidad en el proceso de comunicación, el cual es necesariamente frente al otro; arriesgado porque reconoce la posibilidad de perder la dignidad humana por conductas efectuadas por cada persona (aspecto interno de la dignidad), las cuales podríamos calificar como irresponsables con las dificultades que ello comparta.

¹¹⁹ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹²¹ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 163.

Como crítica a esta última consideración sobre la posibilidad de perder la dignidad humana, se estima que la misma es inadecuada, ya que asumirla nos llevaría a pensar que los sujetos que han cometido algún ilícito penal, podrían ser tratados como personas sin dignidad o con una dignidad fragmentada, lo que en nuestra opinión rompe con la esencia misma de la persona, así como con las tendencias actuales del constitucionalismo de los derechos, además de que se apartaría de los instrumentos jurídicos internacionales que los contienen y de los principios que los interpretan.

C. Manuel Atienza

Manuel Atienza elaboró hace algún tiempo un análisis ilustrativo, crítico y de naturaleza propositiva en torno a la dignidad humana, en el mismo nos presenta una radiografía relativamente completa del estatus y complicaciones actuales de dicha noción. No será nuestro objetivo describir todo el estudio de Atienza, simplemente rescataremos los puntos más relevantes del mismo, a fin de apreciar su postura sobre la dignidad humana, la cual calificamos de jurídica.

Atienza inicia su análisis describiendo los postulados referentes a la idea de dignidad humana que han esbozado diversos autores como son: Jesús Mosterín, Steve Pinker, Garzón Valdés y el mismo Kant, pero no sólo eso, también critica el pensamiento de dichos autores (con excepción de Kant) señalando los inconvenientes prácticos y teóricos que observa en sus teorías.¹²²

Contra las consideraciones de Mosterín, Atienza identifica que es inadecuado usar el término dignidad sólo en un contexto relativo, ya que también puede aplicarse como concepto genérico, asimismo, le critica su incompreensión de la segunda formulación del imperativo categórico de Kant, el cual permite tratar a los seres como medios, aunque no sólo así.¹²³

¹²² Atienza, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María (coord.), *op. cit.*, pp. 73-93.

¹²³ *Ibidem*, pp. 77 y 90.

Sobre Pinker señala que dicho autor se equivoca en su ataque a la dignidad como un concepto fungible, relativo y dañino, ya que dichos términos resultan aplicables a cualquier derecho, por ejemplo, la libertad.¹²⁴

Al autor Garzón, le reclama que considere a la dignidad como un principio absoluto, esto es, que las razones basadas en la dignidad derroten siempre a cualquier otra razón, así para Atienza la dignidad como valor absoluto no permitiría ponderar nunca los derechos humanos.¹²⁵

Con independencia de las críticas que genera Atienza a los autores referidos, cabría identificar sus principales ideas sobre la dignidad humana, en primer lugar, para Atienza la dignidad puede ser considerada como un término enlace, es decir, lo aplicamos básicamente con dos funciones: a) para decir que alguien posee dignidad, y b) para adscribir determinadas consecuencias normativas a las personas que poseen esa propiedad. Por ello, sería incorrecto considerar a la dignidad humana como un concepto vacío o confuso, hablar de dignidad implica más bien decir que una entidad posee determinadas características, por lo que se le debe tratar de cierta forma.¹²⁶

De igual manera, se destacan las dos dimensiones o sentidos de la dignidad que establece Atienza, por un lado, la dimensión filosófica, que entiende a la dignidad como una noción abstracta que marca los límites de la moral, cuyo contenido es exclusivamente negativo, la cual puede considerarse como el fundamento último de todos los derechos, sería en esencia la formulación del segundo imperativo kantiano (que ordena algo negativo: obra de modo que nunca nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás sólo como medios sino siempre al mismo tiempo como fines).¹²⁷

¹²⁴ Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad...*, cit., p. 79.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 83, 85 y 86.

¹²⁶ Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad...*, cit., p. 77.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 86 y 87. Bajo esta dimensión, al considerar a la dignidad como fundamento último de los derechos, es entendible que la misma no pueda ceder frente a ninguna otra exigencia (las razones basadas en la dignidad son absolutas) Cfr. Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad...*, cit., p. 92.

Por otra parte, existe una dimensión concreta, que es la que interesa a los juristas, ya que conecta el principio dignidad con algunos derechos. En esencia, el principio de dignidad supone que se debe tratar a las personas de acuerdo con sus acciones y no según otros elementos como la raza, sexo o creencias. Bajo esta segunda dimensión de la dignidad, a saber, la dignidad traducida en derechos humanos concretos, sí sería posible hablar de ponderación, por ejemplo, del derecho de libertad con el derecho de igualdad.¹²⁸

Como conclusión a sus propios postulados y como un guión para una discusión posterior, Atienza sintetiza su teoría en los siguientes pensamientos:

- La fuerte carga emotiva de la dignidad ha propiciado que sea utilizada con propósitos ideológicos sin significado descriptivo alguno, en concreto, el uso ideológico que le brinda la iglesia.¹²⁹
- Criticar el concepto de dignidad por relativo e impreciso y asumir su abandono no aporta mucho a la discusión racional, de hecho, no se debe olvidar que la dignidad como cualquier otro concepto moral comporta los mismos problemas, por ello, no es dable renunciar a su uso crítico.¹³⁰
- El concepto de dignidad no puede analizarse sólo de forma descriptiva (como concepto psicológico), sino también debe hacerse de manera normativa, ya que la dignidad no sólo explica (describe), sino también justifica, es una idea normativa, sin ir más lejos, se usa para justificar los derechos humanos.¹³¹
- Existe un uso legítimo de la dignidad humana que implica considerarla como un término enlace o adscriptivo, así, no se trata de un concepto vacío, confuso o ideológico.¹³²

¹²⁸ Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad...*, cit., pp. 88 y 89.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 90.

¹³⁰ Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad...*, cit., p. 91.

¹³¹ *Ibidem*, p. 91.

¹³² *Idem*.

Como se puede observar, los postulados de Atienza son útiles para nuestra investigación, ya que esbozan una idea propia en torno al concepto de dignidad, el cual podemos identificar como un concepto jurídico derivado de la noción de término enlace, mismo que explica la posibilidad de otorgar ciertas consecuencias jurídicas a las personas que poseen dignidad.

Como crítica general a la teoría de Atienza, se señala que la misma es confusa en determinar los parámetros ontológicos y prácticos para considerar que alguien posee dignidad, ya que bajo su idea de término enlace, se vislumbra una posición ontológica sobre la pertenencia de la dignidad, esto es, como una característica natural de todos los seres humanos, sin embargo, en la dimensión concreta de dignidad, al asumir que se debe tratar a las personas de acuerdo a sus acciones, se expresaría una naturaleza práctica-valorativa de la dignidad, así, sería posible perderla por acciones inadecuadas (lo que ello signifique), en particular, la dignidad no representaría una característica o propiedad innata de los seres humanos, lo que resultaría discutible en el seno de cualquier aproximación racional a la noción de dignidad.

Con todo, se reconoce el enriquecimiento que las ideas de Atienza generan en el discurso jurídico de la dignidad humana, al ser un bosquejo para una discusión permanente y racional, que debemos asumir si queremos analizar y aplicar los derechos humanos en toda su extensión.

8.- Dignidad humana en la hermenéutica diatópica: Un viraje a Sousa

Una vez descrito el marco teórico general, la recepción convencional, constitucional, jurisprudencial y los conceptos particulares de la dignidad humana estamos en posibilidad de adentrarnos a una idea particular de la misma, la cual nos puede ayudar a tomar una postura propia sobre este tema complejo y ampliamente explorado en la literatura universal.

Así, para formular un modelo de análisis de acercamiento al concepto de dignidad humana, se considera necesario recurrir a las reflexiones que el autor Boaventura De Sousa Santos ha esbozado en torno a la estructura de comprensión de la noción de dignidad humana, la cual consideramos

fundamental para nuestra investigación, ya que explora dimensiones y métodos no convencionales para el estudio de tal noción.

Para comenzar, cabe indicar que Santos apuesta por un concepto multicultural de los derechos humanos y de la misma dignidad, para representar su pensamiento efectúa un análisis en torno a las culturas (occidentales y orientales), el colonialismo, la globalización y las percepciones que las sociedades tienen sobre los derechos.

Su argumento se dirige a atacar la concepción universal de los derechos humanos, la cual genera un localismo globalizado y un instrumento de choque entre las distintas civilizaciones. Para Santos, los derechos humanos no son universales en su aplicación, ni representan una cultura global, de hecho, piensa que la pregunta sobre la universalidad de los derechos humanos, es una cuestión particular, de la cultura occidental.¹³³

De esta forma, el concepto de derechos humanos descansa en presuposiciones occidentales (singulares), las cuales Santos retoma de Panikkar, a saber, que existe una naturaleza humana universal que puede ser analizada por medios racionales, que el individuo tiene una dignidad absoluta que debe ser defendida de las autoridades públicas y de las personas que interactúan en una sociedad, entre otras. En concreto, para Santos la impronta liberal occidental en el discurso de los derechos humanos puede ser identificada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que fue ideada sin el diálogo y participación de la mayoría de las culturas del mundo.¹³⁴

¹³³ Santos, Boaventura De Sousa, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, núm. 28, Julio de 2002, pp. 66 y 67, disponible en <http://191.98.188.189/Fulltext/12436.pdf>, página consultada el 24 de junio de 2017. Con una idea similar, en el ámbito nacional, se ha señalado que el problema del discurso de los derechos humanos (el factor determinante) es la cultura en la que se generan, así se requiere una crítica constructiva que logre contextualizar el tema de los derechos, en el cual hace falta una reflexión ecuánime, véase Narváez Hernández, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 33.

¹³⁴ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

Sin profundizar en el extenso debate académico sobre la universalidad o no de los derechos humanos, cabe identificar a otros autores que de forma implícita defienden, en cierto sentido, la universalidad de los derechos, por ejemplo, el autor español Juan Antonio Carrillo-Salcedo, en un interesante artículo sobre el problema de la universalidad de los derechos humanos, si bien se cuestiona sobre la universalidad de la Declaración de 1948, sí reconoce que diversos instrumentos han salvaguardado los principios de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.¹³⁵

Dejando a un lado dichas ideas opuestas a las planteadas por Santos, cabría retomar el pensamiento de este autor e indicar que el desafío que asume Santos es modificar la conceptualización y la práctica de los derechos humanos, de un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita, para ello presenta diversas premisas, de las cuales se destaca la que refiere que se debe superar el falso debate sobre el universalismo y el relativismo cultural, en su lugar hay que apostar por una concepción emancipadora de los derechos humanos.¹³⁶

Otra premisa, la que consideramos esencial en la propuesta de Santos, señala que todas las culturas son incompletas y problemáticas en su noción de la dignidad humana. El que sean incompletas deriva de la existencia de una pluralidad de culturas, por ello, para Santos no es posible que cada cultura sea completa, si así fuera existiría una sólo cultura. Un dato relevante es que las culturas incompletas, pueden identificarse mejor desde la perspectiva de otra cultura. Para construir una concepción multicultural de los derechos humanos, se requiere elevar la conciencia de las culturas incompletas a su máximo posible, lo que implicaría participar en un diálogo intercultural sobre la dignidad humana.¹³⁷

¹³⁵ Carrillo- Salcedo, Juan Antonio, “El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso”, en Rodríguez Palop, María. E y Tornos A (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 39- 51, pp. 43 y 45.

¹³⁶ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 69.

Ahora bien, cabe destacar la herramienta metodológica que utiliza Santos para lograr una mejor comprensión de los derechos humanos y de la dignidad, esto es, la hermenéutica diatópica, la cual está basada en la idea de que los lugares (*topoi*) de una cultura en particular son incompletos. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es alcanzar culturas completas sino, por el contrario, elevar la conciencia de las culturas incompletas a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera con un pie en una cultura y con el otro en la restante.¹³⁸

Los postulados descritos nos llevan a reconocer dos circunstancias, por una parte, la existencia de culturas incompletas (occidentales u orientales), por otra, la debilidad recíproca de las mismas, lo cual, además, opera como una condición para el diálogo intercultural, así, la hermenéutica diatópica construye sobre dichos elementos.¹³⁹

Una vez fijado el esquema de acercamiento a la noción de dignidad a través de la hermenéutica diatópica, es oportuno preguntarnos, al igual que Santos, si la conquista cultural (occidental) puede ser reemplazada por diálogos interculturales sustentados en condiciones mutuamente acordadas (en un piso de igualdad) y si ello es posible, en qué condiciones se llevará a cabo dicho diálogo entre las culturas.¹⁴⁰

A fin de resolver dichas interrogantes, Santos presenta diversas orientaciones procedimentales que deberían ser adoptadas por todos los grupos sociales interesados en participar en diálogos interculturales, las cuales denomina condiciones para un multiculturalismo progresista,¹⁴¹ mismas que resumimos a continuación:

¹³⁸ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 70. De ahí que, por ejemplo, la hermenéutica diatópica puede ser llevada a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* del *umma* en la cultura islámica, a través del diálogo intercultural, véase Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 70.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁴⁰ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴¹ *Idem*.

- En su vertiente amplia, la idea de culturas completas son el punto de partida y no el punto de llegada, en su vertiente concreta, el verdadero punto de partida del diálogo es un momento de descontento con la propia cultura (porque no proporciona respuestas satisfactorias a las dudas, perplejidades o expectativas), dicho momento incluye una comprensión previa de la existencia y posible relevancia de otras culturas. Más allá de convertir a una cultura incompleta en una completa, la hermenéutica diatópica afianza la primera cultura y transforma la conciencia irreflexiva en una conciencia autoreflexiva sobre dicha situación.¹⁴²
- Sobre las diferentes dimensiones de una cultura, debe ser elegida aquella que dentro de la misma represente el esquema más amplio de reciprocidad, es decir, la versión que apunte al reconocimiento de la otra realidad o cultura.¹⁴³
- En el diálogo intercultural se eligen las partes como los asuntos a tratar de forma conjunta, esto es, no pueden ser impuestos de manera unilateral, ello, representa la condición de la hermenéutica diatópica.¹⁴⁴

Como se puede observar, el pensamiento de Santos pone énfasis en la realidad de las culturas, las cuales no pueden resolver todos los problemas ni dificultades que se prestan en la vida diaria, en este sentido, se necesita recurrir a otras culturas para encontrar respuestas a las inquietudes cotidianas y complejas, como determinar el concepto de dignidad humana, ello mediante un diálogo intercultural que se ejerza dentro un esquema de igualdad entre las culturas.

De esta forma, se comprende que la hermenéutica diatópica como método de aproximación al conocimiento permite materializar dichos postulados y, paralelamente, generar una conciencia autoreflexiva sobre la imposibilidad de

¹⁴² Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, pp. 78 y 79. La autoreflexividad significa el reconocimiento en el diálogo de las culturas incompletas, véase Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 79.

¹⁴⁴ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 80.

esbozar una realidad universal (occidental) respeto de los derechos humanos y de la dignidad humana. En este sentido, se reconoce que dichos conceptos deben asumirse y analizarse mediante esquemas de diálogo abierto a todas las culturas, o sea, de forma diatópica, ello, si en verdad se quiere superar el aparente debate entre universalidad y relatividad, mismo que resulta inútil en el seno de la actual pluralidad cultural.

Es así como Santos no se preocupa por esbozar una noción particular de dignidad humana, lo cual observamos adecuado, sino más bien nos señala que métodos, posturas y parámetros debemos asumir para construir una idea multicultural en torno a la dignidad humana y los derechos humanos, a saber, una idea liberadora de la cultura occidental o cualquier otra visión particular, para lograr lo anterior, se debe dialogar con los otros, bajo esquemas de igualdad y autoreflexivos, a fin de materializar, como propone Santos, un proyecto cosmopolita¹⁴⁵ o, mejor, un entendimiento plural de la dignidad humana que sea compatible con la naturaleza humana, un ejercicio intelectual diferente estaría, en nuestra opinión, destinado al fracaso por ser realizado desde el relativismo o el univeralismo cultural.

Finalmente, cabe resaltar la conclusión a la que llega Santos, la cual se comparte, esto es, que los derechos humanos son una clase de esperanto que difícilmente puede convertirse en el lenguaje cotidiano de la dignidad humana a lo largo del mundo. De esta manera, la tarea de la hermenéutica diatópica descrita a lo largo de este apartado es transformar los derechos humanos en una red cosmopolita inteligible a todas las culturas¹⁴⁶ y nosotros diríamos aplicable a todas las personas desde un enfoque multicultural propio de nuestra realidad social.

¹⁴⁵ Para Santos el cosmopolitismo es la solidaridad transfronteriza entre grupos que son explotados, oprimidos o excluidos por la globalización hegemónica, como ejemplos señala a los pueblos indígenas de la cordillera de Los Andes, a los pueblos indígenas de Brasil, Colombia o la India (desplazados por proyectos de desarrollo) y a los inmigrantes ilegales de Europa y Norteamérica, véase Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁶ Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 81. Para un acercamiento simple al pensamiento de Santos puede revisarse el trabajo que en nuestro país realizó Ricardo González en torno a la dignidad humana en clave hermenéutica, véase González, Ricardo, *La dignidad humana en clave...*, *cit.*, pp. 73-83.

9.- Hacia un enfoque de comprensión pluridimensional de la dignidad humana

Es un reto complejo pretender generar una concepción particular entorno a la dignidad humana, ahora bien, como lo hemos observado existen tantas concepciones de la misma como autores y épocas del desarrollo de la humanidad, así, se considera innecesario y poco fructífero el sumar otro concepto de dignidad a la literatura especializada, por ello, desde el inicio de esta investigación, se precisó que no asumiríamos dicha encomienda.

Lo anterior es así, porque pensamos que es más útil identificar las bases de un modelo de acercamiento a la idea de dignidad humana, un modelo que no se conforme con delimitar el alcance de la expresión, sino más bien que busque entender la naturaleza humana en sus relaciones interpersonales y sus efectos prácticos (jurídicos).

El problema que se observó a lo largo de este capítulo tiene que ver con estructura de análisis o acercamiento a la noción dignidad, mientras unas corrientes de pensamiento identifican a la dignidad con una característica innata a los seres humanos, otras la relacionan con los valores positivos, a saber, la forma en que deberíamos de comportarnos (lo que podría significar perder la misma, por acciones reprochables, indignas dirían algunos), además, algunas visiones la asemejan a criterios teológicos, a la consideración de la existencia de un dios, de la cual derivaría la dignidad (por ser los seres humanos creados a su imagen y semejanza).

Todas esas dimensiones de la dignidad comparten en el fondo el mismo problema, esto es, parten de una visión concreta de la dignidad humana, desconociendo otras realidades posibles y presentes que vivimos.

En el ámbito jurídico los inconvenientes son los mismos, aunque aquí hay puntos que se pueden rescatar por los efectos reales que generan en el quehacer diario de todas las personas, como lo señalaremos más adelante. Los inconvenientes son notables, tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como en el umbral del derecho constitucional nacional (dejemos por el momento la crítica que se puede generar a la idea de

constitucionalismo nacional que, desde luego, se aparta de la tendencia actual de un constitucionalismo multinivel).¹⁴⁷

Para empezar, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en general, a la dignidad humana se le otorga un papel fundacional de los derechos, lo cual no es en sí un problema, la cuestión que se critica es la visión relativista que se observa en la mayoría de los instrumentos internacionales (occidentales) que la refieren, recuérdese, por ejemplo, el momento en que se empezó a incluir la noción dignidad humana en dichos instrumentos (después de la Segunda Guerra Mundial y con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas), lo que ya nos dice mucho sobre su carácter particular.

Por otro lado, la recepción constitucional nacional de la dignidad humana es igualmente criticable, ya que con total independencia de que existen diversas posturas sobre su papel en el ámbito de cada país (algunos la conciben como el elemento de configuración del Estado democrático de derecho, otros como el sustento de todo el Estado, algunos más, como el fundamento de los derechos), todos los países estudiados en esta investigación la empiezan a incorporar en sus Constituciones como consecuencia del efecto del derecho internacional generado por la Segunda Guerra Mundial y, en algunos casos, como defensa de los regímenes dictatoriales por los que atravesaron. Dicha incorporación constitucional no es en esencia lo problemático, pero se insiste de nuevo, esa ola jurídica-constitucional de transformación se sustenta en una visión del mundo, la occidental.

¹⁴⁷ Un análisis sobre el constitucionalismo multinivel en el ámbito interamericano se presenta en Romero Martínez, Juan Manuel, "La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana," *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, México, núm. 12, enero-junio de 2017, pp. 36-56, disponible en <http://revistametodos.cd hdf.org.mx/index.php/la-proteccion-multinivel-de-los-derechos-humanos-tendencias-y-desafios-para-la-region-interamericana>, página consultada el 10 de septiembre de 2017.

Así, podríamos seguir describiendo la relatividad de la expresión dignidad humana (en México se tiene hasta un concepto legal de la misma),¹⁴⁸ sin embargo, en este apartado no se pretende realizar una evaluación crítica de todo el capítulo primero de nuestra investigación, sino más bien identificar tres puntos que se manifiestan como consecuencia de toda la problemática descrita con anterioridad.

En este sentido, en primer lugar, se puede decir que la concepción de dignidad humana no es modelo vacío como muchos aluden, aunque sí parcial, en segundo lugar, que son pocos los autores que han emprendido la tarea de formular un esquema de comprensión multicultural de la dignidad humana (como lo observamos, Santos sí lo hizo), en tercer lugar, que es necesario generar un modelo epistemológico de aproximación a la noción dignidad humana de corte amplio.

Centremonos pues en el tercer punto, así para poder representar un boceto de modelo de acercamiento pluridimensional de la dignidad humana, hay que asumir paralelamente cinco principios; primero, que todas las culturas son incompletas (como nos dice Santos); segundo, que el pluralismo cultural es la regla en las sociedades contemporáneas; tercero, que el discurso es el instrumento lingüístico a través del cual se desarrollará el modelo para armar; cuarto, que se necesita también de la acción dialógica para representar el esquema y; quinto, que el derecho y sus mecanismo de protección juegan un papel revelan en todo el modelo a desarrollar.

Bajo este sendero, es entendible que no se presentará un concepto de dignidad humana, pero sí un modelo de acercamiento a la misma, el cual se resume en los siguientes puntos:

¹⁴⁸ El artículo 5 de la Ley General de Víctimas señala que la dignidad humana es un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Por otro lado, se identifica también un concepto institucional como el que señala que la dignidad es una atributo inherente a la persona humana que la hace merecedora de respeto y que delimita un ámbito de prerrogativas que se le deben garantizar, a fin de que tenga una exigencia plena y compatible con su propia naturaleza, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, Serie Derechos Humanos: 2, p. 5.

- La dignidad humana es una noción pluridimensional, lo que implica que no tiene una representación unívoca (ontológica, ética, teológica, social, moral, jurídica o cualquier otra manifestación), como algunos pretenden atribuirle sin éxito, de ahí que no hayan podido sortear los problemas que comporta una concepción concreta de la misma.
- El sentido de la dignidad humana debe encontrarse y evaluarse a través del discurso dirigido al otro (los otros) mediante acciones dialógicas abiertas, plurales, igualitarias, en el que las únicas reglas posibles son las que evalúan el nivel de tolerancia (en el sentido de Voltaire) y la constelación de todas las visiones posibles de acercamiento a la idea de dignidad.
- El método epistemológico que nos ayudará a obtener un enfoque pluridimensional de la dignidad es la hermenéutica diatópica de Santos, la cual, como analizamos, parte del reconocimiento de las culturas incompletas en su máxima expresión.
- El reconocimiento de lo innecesario, poco práctico e indeseable que es el tratar de construir una concepción particular sobre la dignidad humana, aporta mucho al desarrollo de la teoría de los derechos humanos, ya que nos permite transitar de una conciencia pasiva a una conciencia activa sobre nuestras realidades.
- El modelo de comprensión pluridimensional de la dignidad humana no descalifica una visión occidental u oriental de la dignidad, sino que las maximiza para encontrar su mejor representación en un contexto de igualdad y reciprocidad mutua.
- La dignidad humana en clave pluridimensional está sujeta a una vulneración por parte de los Estados y los particulares, mediante la afectación de los derechos humanos que la representan, por lo que el derecho y sus garantías de protección le brindan efectividad, de esta manera, se afirma que el derecho tiene un papel esencial en la realización de la dignidad humana.

- El esquema de aproximación pluridimensional de la dignidad humana es autocrítico, es decir, sujeta igualmente todos sus postulados al diálogo académico en aras de mejorar su diseño de comprensión.

Con todo lo dicho, se entiende porque se decidió no presentar un concepto propio de dignidad humana, más bien se eligió identificar y describir un modelo de comunicación/aproximación a la dignidad, el cual debe permanecer en constante diálogo interpersonal desde un enfoque pluricultural, lo que, desde luego, no elimina su eficacia, ya que la misma se obtiene con el propio derecho.

Una vez presentado el análisis y evaluación sobre la dignidad humana, se está en posibilidad de esbozar una teoría de los derechos humanos, para lo cual destinaremos todo el siguiente capítulo a dicho cometido, no sin antes indicar que se seguirá recurriendo a muchos de los postulados discutidos a lo largo de este capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

I.- Justificación del capítulo

La interrogante clave que nos ayudará a justificar la inclusión de un capítulo sobre derechos humanos en la presente investigación es la siguiente: ¿en el contexto de los Estados constitucionales de derecho se puede recurrir a los derechos humanos sin considerar a la argumentación jurídica? La respuesta parece evidentemente negativa, sin embargo, cabe hacer algunas precisiones al respecto.

Un Estado constitucional de derecho se caracteriza por presentar una Constitución política con un alto contenido material, a saber, que integra una carta de derechos humanos, la cual dirige todos los actos de los poderes públicos y expone un proyecto de vida para las personas que componen la sociedad en la cual tiene aplicación la Constitución.

De ahí que, en un Estado como el descrito, mismo que se desenvuelve esencialmente en sociedades pluralistas, sea común que el ejercicio de un derecho humano entre en colisión con otros derechos o principios constitucionales en sentido estricto (i.e: orden público o seguridad nacional), por lo que se requiere decretar la restricción temporal de uno ellos por parte de los jueces constitucionales, para tal fin, los mismos activan un esquema justificatorio complejo (que les demanda la sociedad), a través de la argumentación jurídica, misma que resolverá de forma definitiva y obligatoria la tensión entre los derechos humanos.

Bajo este escenario, se aprecia una vinculación directa entre los derechos humanos y la argumentación jurídica en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo, así, ambos conceptos deben asumirse como miembros de un mismo cuerpo,¹⁴⁹ en particular, al momento en que se presenta una tensión de

¹⁴⁹ La expresión *como miembros de un mismo cuerpo*, no es propia, la misma fue tomada de las ideas desarrolladas por el autor Julián Vara. Véase Vara Martín, Julián, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo. Lecciones de teoría del derecho y del derecho natural*, Madrid, Tecnos, 2007, s.p.

derechos, pues la misma debe atenderse mediante el recurso del discurso argumentativo.

En efecto, el hilo conductor de todo Estado constitucional democrático son los derechos humanos, los que, al entrar en tensión, como se ha dicho, pueden ser restringidos por los jueces, mismos que deben argumentar ampliamente la restricción adoptada, aún más, desde nuestra óptica, todo conflicto en el mundo del derecho puede elevarse a una situación que involucre una afectación a los derechos humanos (que debe resolverse mediante la argumentación), ya que los mismos se constituyen como la esencia y fuente de las reglas jurídicas, las decisiones de las autoridades de cualquier naturaleza y las acciones de los particulares.

Así, es evidente la innegable relación y vinculación entre los derechos humanos y la argumentación jurídica, por lo que, para poder desarrollar adecuadamente una investigación sobre argumentación jurídica, se requiere caracterizar con rigor científico a los derechos humanos, pues son las piezas con la cuales deben trabajar y operar los juzgadores en los Estados constitucionales de derecho.

En otro orden de ideas, se precisa que la principal aportación para el fortalecimiento y desarrollo de la argumentación jurídica, que nos presentará este capítulo, se relaciona con la materialización de una nueva forma de asumir la progresividad y configuración de los derechos humanos, circunstancia, que impactará positivamente en la manera en que los jueces asumen la protección y defensa de los proyectos de vida digna que buscan alcanzarse mediante el ejercicio de los ideales morales constitucionalizados.

Con base en las anteriores consideraciones, estimamos que hemos justificado la necesidad de abordar e integrar en el presente trabajo un capítulo sobre derechos humanos, en el cual expondremos sus concepciones, fundamentaciones, dimensiones y principios, desde una perspectiva propositiva y crítica, en aras de contribuir con la evaluación de los mismos, principalmente, cuando tienen que ser restringidos por los jueces constitucionales. Comencemos pues con dicho ejercicio académico.

II.- Algunas ideas sobre los derechos humanos

La primera aproximación a los derechos humanos se tendrá con el análisis de las principales ideas o concepciones que se han generado en la literatura actual en torno a las características, atributos y alcances prácticos de los derechos humanos.¹⁵⁰

Sin bien, no se tiene como objetivo presentar una radiografía exhaustiva de todos los autores que han abordado ideas para explicar los derechos humanos, sí se hará referencia a las que estimamos más completas o representativas de dichos derechos.

No pasamos por alto, el esquema de comprensión pluridimensional de la dignidad humana, ni el método de hermenéutica diatópica de Santos que utiliza aquél, los cuales también pueden ser aplicados a los derechos humanos, como lo señalaremos en este apartado, sin embargo, consideramos apropiado analizar algunas concepciones sobre los derechos humanos, a pesar de que las mismas pueden ser calificadas de relativas, lo que reconocemos, pero identificamos que ello no elimina su relevancia para un estudio de los derechos humanos.

Para comenzar, se identifica que algunos autores han entendido a los derechos humanos como el cauce jurídico de protección de la persona, los cuales requieren de un entorno institucional concreto (sociedad democrática), que posibilite su aplicación real y práctica.¹⁵¹

Dicha concepción de los derechos humanos resulta compatible con los parámetros constitucionales actuales en México sobre la igualdad de género, ya que relaciona a los derechos humanos con la “persona” y no con el

¹⁵⁰ A pesar de que nuestra investigación se centrará en el contexto contemporáneo de los derechos humanos, lo que implica que no será de alcance histórico, se resalta que la génesis de los mismos se ha manifestado en el discurso moral de cada época de la humanidad, así, en la antigüedad se hablaba de bienes, en la Edad Media de pecados, luego, deberes y ahora está estamos en presencia de la jerga de los derechos humanos, véase Mosterín, Jesús, *La naturaleza humana*, quinta edición, Madrid, Espasa Calpe, 2006, p. 378.

¹⁵¹ Durán y Lalaguna, Paloma, “La definición de los derechos humanos”, en Durán y Lalaguna, Paloma (coord.), *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993, pp. 29-62, (p. 61).

“individuo”, ahora bien, si se recurre a la génesis de dichas palabras, se observa que la connotación “individuo” tiene una fuerte referencia histórica al sexo masculino, no así la idea de persona, la cual es un término neutro e inclusivo, esto es, compatible con las tendencias actuales de no discriminación o violencia contra las mujeres.¹⁵²

Por otra parte, la idea de los derechos humanos de Paloma Durán encierra un importante componente práctico, el cual no debe ser omitido en cualquier representación de los derechos humanos, ya que de poco sirve que se caractericen los mismos desde su reconocimiento constitucional, sin relacionarlos con el quehacer cotidiano de las personas en el contexto de los Estados constitucionales democráticos, como lo parece sugerir dicha autora al plantear el entorno institucional que posibilita los mismos.

En el ámbito nacional, se tienen también representaciones de los derechos humanos de cara al papel que desarrollan en un Estado constitucional, así, por ejemplo, para algunos autores los derechos humanos deben constituir el objeto y fin de todas las instituciones políticas, además de reconocer su relevancia para las relaciones entre los particulares (efecto horizontal de los derechos humanos).¹⁵³

Todavía más, en el ámbito nacional, se señala que derivado de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, es indispensable que cualquier concepción de los derechos humanos incorpore, de forma sustantiva, los elementos contenidos en el artículo 1o constitucional, a saber, las obligaciones generales de todas las autoridades de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos de las personas, así

¹⁵² Cfr. Rodríguez Moreno, Alonso, “Algunas reflexiones sobre el cambio del concepto “individuo” por el de “persona” en la Constitución federal mexicana”, *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, nueva época, año 6, núm. 17, mayo-agosto 2011, pp. 13-42 (p.41), disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5745/5078>, página consultada el 27 de junio de 2017.

¹⁵³ Medellín Urquiaga, Ximena y Fierro Ferráez, Ana Elena, *De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿Existe un cambio de paradigma?*, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, Fascículo 4, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 86 y 87.

como los principios de aplicación de los mismos (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad).¹⁵⁴

De esta manera, el debate actual sobre las obligaciones estatales y los principios de aplicación de los derechos humanos, resulta un tema imperante en su concepción, si es que buscamos dotar de una verdadera materialidad a la discusión sobre los derechos humanos.¹⁵⁵

Como podemos observar, dicha caracterización de los derechos humanos resalta las obligaciones que pesan sobre las autoridades públicas para lograr la efectividad de los derechos, al mismo tiempo, para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos (lo que se desprende de su obligación genérica de garantizar),¹⁵⁶ asimismo, identifica los principios de los derechos humanos (nosotros diríamos las características que los representan), así como su correlativo efecto irradiación (efecto horizontal).

Todos los elementos descritos, se considera pueden plantear, con cierta precisión, una idea contemporánea de los derechos humanos, la cual no sólo se centre en la esencia de los derechos, sino que también ubique los efectos que generan en un Estado constitucional de derecho.

De esta manera, se comparte la concepción formal y material propuesta de los derechos humanos, concepción que si bien es relativa (enfocada al constitucionalismo mexicano), lo que podría ser criticable, se asume que dicha relatividad permite resaltar los parámetros institucionales de protección efectiva de los derechos, en países como México, en donde se continúa desarrollando un modelo de confianza social en torno al rol que juegan las autoridades públicas en la materialización de los derechos humanos.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 89 y 90.

¹⁵⁵ Medellín Urquiaga, Ximena y Fierro Ferráez, Ana Elena, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁶ Derivado de que la jurisprudencia interamericana (caso Campo Algodonero vs México) ha identificado tales obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, fundamentales en sí mismas, como parte o esencia del deber general de garantizar los derechos, véase Medellín Urquiaga, Ximena y Fierro Ferráez, Ana Elena, *op. cit.*, p. 90.

Para seguir avanzado en la concepción de los derechos humanos, resulta útil presentar una idea diferente sobre los mismos, la cual, nos atrevemos a indicar, ha sido poco explorada en nuestro país, recurrimos entonces al politólogo americano, Charles R. Beitz, mismo que ha propuesto y defendido un concepto práctico de los derechos humanos, en su sobresaliente obra: “*The idea of human rights*”, publicada en 2009.¹⁵⁷

El primer paso para elaborar dicha concepción consiste en indagar la práctica y determinar qué funciones están cumpliendo los derechos humanos dentro de la misma práctica. En otras palabras, la idea central del autor es identificar los roles que los derechos humanos juegan dentro de una práctica discursiva.¹⁵⁸

El modelo de Beitz identifica que los responsables primarios en la satisfacción de los derechos humanos son los Estados, sólo cuando éstos incumplen su obligación, la comunidad internacional actúa como garante en la vigencia de los derechos humanos. En este sentido, una de las cualidades de la práctica es que posee dos grados de responsabilidad. En el primer peldaño, se tienen a los Estados, como responsables primarios, en el segundo peldaño, se encuentra la comunidad internacional, como garante secundario de los derechos.¹⁵⁹

El modelo descrito también consta de tres elementos; en primer lugar, el objetivo de los derechos humanos, que es proteger intereses individuales, particularmente importantes, en contra de las amenazas latentes y predecibles generadas por la existencia de los Estados (una visión un tanto fatalista de los derechos); en segundo lugar, los principales destinatarios de las exigencias

¹⁵⁷ Se tiene noticia de que existe una versión oficial en castellano de dicha obra, publicada por la editorial Marcial Pons en 2012, la cual será utilizada en la presente investigación, con todo, puede consultarse la versión en inglés, véase Beitz, Charles R, *The idea of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁵⁸ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, “Estudio preliminar. La concepción de derechos humanos de Charles Beitz”, en Beitz, Charles R, *La idea de los derechos humanos*, trad. de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 13.

¹⁵⁹ *Idem*.

contenidas en los derechos humanos son los Estados; en tercer lugar, el fracaso de los Estados en la satisfacción de los intereses contenidos en los derechos humanos justifica que la comunidad internacional intervenga en su protección.¹⁶⁰

Como se puede observar, el esquema formula las inferencias prácticas que los participantes de la práctica extraen de los derechos humanos, por un lado, los participantes asumen que los derechos tienen implicaciones prácticas para los Estados, así, al decir que existe un derecho humano, se infiere que el Estado debe respetar el interés protegido por el derecho y, además, que debe brindar protección contra amenazas que provengan de agentes no estatales (particulares) que se encuentren dentro de su territorio; por el otro, los participantes consideran que a partir de los derechos humanos, se pueden obtener consecuencias prácticas que se relacionan con agentes externos al Estado, en otros términos, si un Estado vulnera los derechos humanos (por acción u omisión), ello activa su protección internacional.¹⁶¹

Con lo descrito hasta este momento, se evalúa que la idea de los derechos humanos que presenta Beitz es convergente con las tendencias internacionales sobre el efecto horizontal de los derechos, a saber, que los mismos tienen una implicación frente a los particulares, los cuales pueden violarlos, por lo que el Estado debe considerar dicha situación y, dentro de todas sus posibilidades jurídicas y materiales, buscar evitarla o, en su caso, castigarla.

Así, se observa que el compromiso de los Estados en la protección de los derechos humanos debe ser completo, ya que cualquier vulneración de los derechos humanos proveniente de los agentes públicos o de los particulares, debe contar con mecanismo eficaces de protección y restitución, por ejemplo, en nuestro país, gracias a la reforma constitucional en materia de amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011 y la consecuente expedición de la nueva Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, se ha avanzado notablemente en

¹⁶⁰ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 14

la materia, ya que hoy en día es posible activar el juicio de amparo, como medio de defensa de los derechos humanos, en contra de violaciones efectuadas por particulares, que realicen actos equiparables a las de una autoridad y cuyas funciones estén señaladas en normas generales (i.e: escuelas y hospitales privados), ello de conformidad con la vigente Ley de Amparo.

De vuelta con el pensamiento del autor que se comenta, se argumenta que la utilidad de su forma de acercarse a los derechos humanos, reside en que permite identificar claramente cuál es la función central de los mismos dentro del discurso político global.¹⁶²

Más interesante es el hecho de que para sustentar la práctica de los derechos humanos Beitz recurre, a nuestro entender, al modelo de Robert Alexy, esto es, al juicio de proporcionalidad en sentido amplio, veamos por qué se afirma tal circunstancia.

Beitz sostiene que para justificar la práctica de los derechos humanos es necesario cumplir con los siguientes criterios: a) mostrar que los objetivos que persigue la práctica son valiosos, b) evaluar si las normas de derechos humanos cumplen la función de promover tales objetivos, y c) determinar quiénes son los agentes encargados de proteger los derechos humanos y cuáles son las razones por las que deben hacerlo.¹⁶³

Si los anteriores rubros son llevados a cabo con éxito, se concluye que existe una justificación de los derechos humanos,¹⁶⁴ como se puede apreciar dicho modelo es similar al planteado por Robert Alexy para resolver colisiones entre derechos fundamentales, mismo que integra diversos subprincipios como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), los cuales han sido adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sentencias y tesis aisladas, hasta aquí con lo dicho sobre el test de

¹⁶² Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, p. 15.

proporcionalidad de Alexy, ya que será objeto de evaluación en otro capítulo de nuestra investigación.

Con mucho, el modelo de Beitz resulta interesante para la conceptualización de los derechos humanos, ya que ofrece una reconstrucción de diversos esquemas que se han utilizado para resolver, básicamente, las tensiones entre derechos humanos en el ámbito europeo con Robert Alexy y en el contexto americano con Andrew Clapham, para el cual, todo decisor está obligado a adoptar un proceso de tres niveles, a fin de determinar si una interferencia a un derecho humano representa una legítima limitación en el derecho concerniente.¹⁶⁵

El proceso puede resumirse en tres preguntas: a) ¿Existe un legítimo objetivo para la interferencia? b) ¿Está establecida la interferencia en una norma clara y accesible? c) ¿Es proporcional la interferencia al legítimo objetivo identificado y necesaria en una sociedad democrática?¹⁶⁶

Así, se concibe el alcance de la estructura de comprensión de los derechos humanos propuesta por Beitz, la cual si bien no buscan ofrecer un modelo para resolver tensiones entre derechos, sí caracteriza la idea de los derechos humanos desde un enfoque justificatorio, mismo que ha sido desatendido por la mayoría de las conceptualizaciones de los derechos, por ello, la relevancia del pensamiento del autor que se comenta, el cual extrañamente, no ha tenido una repercusión práctica ni teórica en nuestro país.

Para seguir avanzando en los postulados de Beitz, cabe resaltar, a manera de crítica, que se observa cierta fatalidad en sus ideas, pues dicho autor entiende que el objetivo valioso que persigue la práctica internacional de los derechos humanos es de naturaleza precautoria, ya que implica contrarrestar las amenazas a los derechos humanos que son generadas por el sistema de Estados de derecho. Así, la práctica de los derechos humanos es una

¹⁶⁵ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, New York, Oxford University Press Inn, 2007, p. 99.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.100.

evaluación para el sistema de Estados con el propósito de subsanar los inconvenientes estructurales que el mismo sistema posee.¹⁶⁷

Con ello, se infiere una concepción negativa de los derechos humanos en Beitz, la cual se manifiesta en dos vertientes, necesariamente conectadas, por una parte, la que considera que los derechos serán afectados o limitados, irremediablemente, por los Estados nacionales, para lo cual se necesitan prácticas que protegen dicho escenario realista (fatalista), a saber, objetivos valiosos de naturaleza diversa, por el otro, la respuesta directa al futuro trágico de los derechos humanos, misma que se encuentra en la práctica internacional de protección de los derechos, la cual se activa de forma subsidiaria frente a las fallas nacionales en la materialización de los derechos.

De dicha manifestación, se pueden esbozar dos reflexiones, la primera, que el modelo es compatible con la idea general en torno al carácter subsidiario de todos los sistemas de protección regional de derechos humanos (i.e: europeo, americano y africano), la segunda, que no es adecuado establecer como elemento de generalización, la naturaleza fatalista de los derechos humanos, entendiendo, en consecuencia, que los mismos cuentan con garantías de protección externa, porque serán afectados irremediablemente por los Estados. Así, se considera que si bien existe un problema global en torno a la eficacia de los derechos humanos (principalmente en los países de América Latina y del continente africano y asiático), ello no puede significar su destino trágico, a saber, que todos los Estados están dados (orientados) a violar los derechos humanos.

Para profundizar en los postulados de Beitz, se identifica que su concepción práctica de los derechos humanos, se aparta de dos concepciones tradicionales, en particular, de las concepciones naturalistas defendidas por James Griffin, Martha Nussbaum y en algún sentido por Amartya Sen, así como de las concepciones contractualistas sustentadas por Alison Dundes Renteln, Rex Martín, Bernard Williams y Joshua Cohen.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁸ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

A la pregunta por la esencia de los derechos humanos, los naturalistas ofrecen una respuesta sustentada en un sistema de valores trascendentales y universales, el cual es ideado independientemente de cualquier compromiso social que pudieran tener las personas. Por su parte, los contractualistas presentan una respuesta que identifica a los derechos humanos como el objeto de un acuerdo entre diversas culturas con una multiplicidad de valores morales y políticos.¹⁶⁹ Lo cual se asemeja, en cierta medida, a la concepción que se adoptó en esta investigación en torno a la dignidad humana, con base en la hermenéutica diatópica de Santos, como lo podrá recordar el lector, en otro momento de este trabajo regresaremos sobre este punto.

Para Beitz ambas concepciones tradicionales interpretan los derechos humanos a la luz de una idea preconcebida de antemano, así los derechos son percibidos como una idea previa a la cual uno se acerca y tiene conocimiento con independencia del entendimiento de la práctica misma. Para el autor, la forma correcta de concebir a los derechos humanos consiste en identificar las funciones que realizan en el discurso político global (con lo que ello quiera significar). Por eso, argumenta que la idea de los derechos humanos es obtenida a partir de las tareas que cumplen en el contexto de la práctica, de esta manera, no se trata de una idea preconcebida como aluden las concepciones naturalistas y contractualistas.¹⁷⁰

Finalmente, para cerrar el análisis sobre la concepción práctica de los derechos humanos, se concluye que para Beitz los derechos humanos no son una expresión de una idea preconcebida (previa), los mismos son una creación novedosa, que deben ser asumidos de conformidad con las funciones o tareas originales que desempeñan en el discurso político global.¹⁷¹

¹⁶⁹ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 21. Con todo, cabe hacer notar que la concepción de Beitz se asemeja a las posiciones asumidas por Rawls sobre los derechos humanos en su obra *The law of peoples* (1999), sobre las semejanzas y diferencias entre ambas concepciones, véase Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, pp. 17-22.

¹⁷¹ Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, *op. cit.*, p. 22.

Al margen de las críticas justificadas que puedan existir sobre su pensamiento, como las aludidas en esta investigación, se expresa que su concepción práctica de los derechos humanos tiene carta de naturalización o, mejor, relevancia propia y manifiesta, ya que la misma contribuye a generar un esquema de evaluación de los derechos humanos en cualquier escenario posible, por esta razón, se reconoce la percepción de los derechos humanos formulada por Beitz, la cual nos pone de relieve que los derechos no sólo deben ser analizados en el papel, es decir, en los instrumentos jurídicos, sino también en la práctica de su ejercicio cotidiano, lo que representa nuevos desafíos (i.e: creación de diversos métodos para su acercamiento) que se deben asumir como propios, si se quiere presentar una concepción realista de lo que son los derechos humanos aquí y ahora.

Para continuar con nuestro análisis sobre las concepciones en torno a los derechos humanos, se presentarán a continuación los postulados del autor Guillermo Escobar, el cual parece aludir a una idea integradora de los derechos, esto es, que implique tanto a la ética como al derecho internacional.

En este sentido, para dicho autor los derechos son demandas de abstención o actuación, fundadas en la dignidad de las personas y reconocidas como valiosas por la comunidad internacional, por lo que requieren de una protección jurídica estatal.¹⁷²

Del anterior acercamiento a los derechos humanos, se pueden desprender cuatro puntos:

- Los derechos humanos son demandas de especial fuerza, a saber, exigencias de no hacer y hacer, derechos morales, en la forma de que no siempre están reconocidos por el derecho positivo.¹⁷³ Nosotros diríamos ideales morales, con pretensión de incorporación en instrumentos jurídicos vigentes.

¹⁷² Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p.16.

¹⁷³ *Idem*.

- Los derechos humanos son demandas derivadas de la dignidad humana, lo cual se observa adecuado por la generalización del término, lo que permite que opere como soporte material de todos los derechos humanos. Ello, sin desconocer que existen otras posturas que no están de acuerdo con integrar la dignidad en la idea de los derechos humanos, así algunos autores prefieren establecer el núcleo central de los derechos en la autonomía moral en la libertad o en la igualdad,¹⁷⁴ lo que en nuestra opinión es criticable, ya que la libertad, autonomía e igualdad son, en esencia, derechos humanos, además, los mismos, *per se* no se relacionan de forma jerárquica, aunque es posible establecer relaciones de precedencia procedimental (temporal) en caso de colisión de derechos, como lo han descrito varios autores.¹⁷⁵
- Los derechos humanos son demandas reconocidas por la comunidad internacional, lo que implica que tales demandas sean congruentes con el conjunto de principios y valores ampliamente compartidos y plasmados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Con todo, se debe tener presente que los derechos humanos no están sujetos al reconocimiento externo sino a su racionalidad intrínseca.¹⁷⁶ Aunque, como se sabe sí requieren de dicho reconocimiento tanto interno (constitucional) como externo (convencional) para poder ser exigidos judicialmente ante cortes constitucionales y tribunales internacionales.
- Los derechos humanos son demandas que han logrado, en la mayoría de los casos, su protección en el seno de los ordenamientos jurídicos, lo que materializa su efectividad. Así, hay que distinguir a los derechos humanos de

¹⁷⁴ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁵ Por ejemplo, en el ámbito internacional, Manuel Atienza reconoce que es posible establecer una serie de reglas de prioridad entre principios, véase Atienza, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Colombia, Palestra, Temis, 2004, pp. 63-66. En el seno nacional, existen investigaciones que también ejemplifican la posibilidad de establecer condiciones de prioridad de principios, véase Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, pp. 230- 235.

¹⁷⁶ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

sus garantías de protección, sin ir más lejos, la ausencia de garantías jurídicas no conlleva la ausencia de derechos humanos, los cuales conservan su vigencia con total independencia de su reconocimiento por parte de instrumentos jurídicos. Lo único que podemos decir es que los derechos no reconocidos en las normas jurídicas o los reconocidos pero que no cuenten con una garantía para su protección son derechos humanos, aunque no sea posible defenderlos en la vía jurisdiccional por manifiestas violaciones.¹⁷⁷

Del análisis de los cuatro puntos descritos, que configuran la idea de los derechos humanos en Escobar, se obtienen tres reflexiones fundamentales:

- Que los derechos son exigencias de especial relevancia (tratan de la vida, protección a la salud, libertad, igualdad, acceso a la justicia, a la información, entre muchos otros), que pueden estar o no reconocidas en instrumentos jurídicos, lo que no modifica su naturaleza de derechos humanos, así se vislumbra una posición iusnaturalista racionalista en Escobar.¹⁷⁸
- Que todos los derechos humanos encuentran su fundamento en la dignidad humana, la cual comporta un efecto irradiación en los mismos, aunque no se identifique por parte de Escobar cuáles son los elementos de caracterización de la compleja noción de dignidad.

¹⁷⁷ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁸ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, derivado de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se ubica, a nuestro entender, en los confines del iusnaturalismo racionalista, al señalar en su artículo 1o lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos *reconocidos* en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte..” las cursivas son propias. Antes de la reforma constitucional, el mismo artículo 1o refería lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que *otorga* esta Constitución...” las cursivas son propias.

El cambio de la palabra “otorgar” por “reconocer” no es superficial implica un cambio de postura filosófica en torno a los derechos humanos, a saber, del iuspositivismo al iusnaturalismo racionalista. Con la expresión “otorgar” se está considerando que no se tenían los derechos humanos antes de su positivización, por el contrario, con la palabra “reconocer”, se entiende que se constitucionaliza un derecho humano preexistente, para un estudio más profundo de las vertientes filosóficas señaladas, puede resultar útil consultar las siguientes obras: Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007, en el mismo sentido, Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2007.

- Que es necesario que se establezcan garantías jurídicas de protección de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, para que no sean asumidos los derechos humanos como simples derechos morales.

Otro de los postulados que resultan sustanciales en el pensamiento de Escobar, se relaciona con la problemática de la diversidad de concepciones sobre los derechos humanos, en particular, destaca las posiciones procedimentales y materiales que buscan representar a los derechos humanos.¹⁷⁹

Las concepciones procedimentales de los derechos humanos favorecen la participación y el consenso sobre cualquier otro elemento, lo cual va en línea con la ética comunicativa. Bajo los umbrales de esta concepción, se establecería un catálogo de derechos humanos más abierto e indefinido, pues estarían formulados los mismos, de conformidad con lo que la mayoría decida, mediante un debate racional entre los integrantes de una comunidad específica.¹⁸⁰

En tal posición procedimental, se tendería a otorgar prioridad a los derechos de participación sobre todos los demás, como acontece en la teoría de los derechos de Habermas, bajo la cual el fundamento de los mismos se encuentra en la racionalidad intersubjetiva, es decir, en el consenso de sus posibles titulares.¹⁸¹

Por su parte, las concepciones materiales de los derechos humanos, se dividen a su vez en dos vertientes, por un lado, la vertiente liberal heredera del viejo modelo de los derechos naturales, su presupuesto es una visión formalista de la persona, por lo que se otorga prioridad a los valores individuales sin considerar los derechos sociales como derechos humanos, por el otro, la vertiente socialista, que pone el acento en las condiciones históricas y particulares de la persona, es decir, en el contexto de realización de los derechos de cara a las necesidades básicas, así como en la defensa de un

¹⁷⁹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 21.

Estado activo y en la concepción particular de los derechos humanos, como un horizonte a alcanzar en el futuro.¹⁸²

Un punto rescatable de los postulados que se comentan, tiene que ver con la identificación de los inconvenientes que suponen ambas posturas (procedimentales y materiales), lo cual conduce a que el autor tome una posición propia en torno a las mismas, la que nos parece adecuada y, en cierta forma, compatible con los métodos señalados en el capítulo anterior de esta investigación.

Por lo que hace al esquema procedimental, el cual es ampliamente criticado, se indica que no es posible asumirlo, de forma exclusiva, por las siguientes tres razones:¹⁸³

- Se olvida que históricamente los derechos humanos son la proyección de los valores materiales que deben quedar al margen de la voluntad de las mayorías (implicaría el “coto vedado” de Garzón Váldez, la “esfera de lo indecible” de Ferrajoli o el “territorio inviolable” de Bobbio). Lo anterior, con independencia de que las mayorías puedan configurarse a través de un proceso público y abierto, ya que la objetividad del procedimiento no necesariamente garantiza la justicia del resultado.¹⁸⁴
- Se asume la existencia de una situación comunicativa ideal, que, desde luego, no se manifiesta en la realidad, ni si quiera en los parlamentos públicos actuales.¹⁸⁵
- Se omiten las respuestas particulares a los principales problemas que se manifiestan en la práctica actual de los derechos humanos.¹⁸⁶

Respecto de las concepciones materiales, se señala que son también inadecuadas, ya que desatienden la complejidad de las sociedades

¹⁸² *Ibidem.* p. 22.

¹⁸³ *Cfr.* Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁶ *Idem.*

contemporáneas, así como la idea de consenso que necesita toda propuesta ética en las sociedades democráticas. De esta manera, se advierte la necesidad de involucrar a las personas en la tarea de identificar los valores que sustentan los derechos humanos y las relaciones entre los mismos.¹⁸⁷

Como se aprecia, Escobar no manifiesta muchas razones para apartarse de las visiones materialistas de los derechos humanos, lo cual parecería indicar que se inclina por esta posición, tal conclusión preliminar es inadecuada, ya que ante las opciones procedimentales y materiales, el autor nos sugiere una aproximación de carácter dual, es decir, mediante un esquema o forma ecléctica.¹⁸⁸

En particular, para Escobar lo preferible es una concepción de los derechos humanos que busquen integrar tanto la libertad como la igualdad, sin imposiciones de ningún tipo, dentro de un escenario de complementariedad.¹⁸⁹

Se comparte dicho modelo ecléctico de acercamiento a los derechos humanos, ya que el mismo no privilegia ninguna de las posturas encontradas, por el contrario, busca la maximización de sus principios, parte, en nuestra opinión, del reconocimiento de las limitaciones de cada una de las posturas, esto es, de la consideración de que las mismas son incompletas, para después buscar soluciones en otras formas de aproximación (al estilo de la diatópica).

En el mismo sentido, se asume que una posición de esta naturaleza (ecléctica) es particularmente adecuada, ya que parte de principios de integración y tolerancia, indispensables para la correcta percepción de los derechos humanos en nuestra era.

Para terminar, se evalúa que la propuesta de Escobar sobre un modelo ecléctico de comprensión de los derechos humanos es similar al modelo que ofrece la hermenéutica diatópica de Santos, lo que contribuye a reforzar la posición que hemos asumido en esta investigación, sobre los modelos

¹⁸⁷ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 23.

epistemológicos de acercamiento a la dignidad humana y, ahora, a los derechos humanos, mismos que experimentan una conexión manifiesta con aquélla.

Con todo lo descrito hasta este momento, se tienen bases para caracterizar a los derechos humanos desde una perspectiva ecléctica y diatópica, más adelante regresaremos a este punto, ahora, resultaría apropiado relacionarlos con los derechos fundamentales.

Para tal cometido, se utilizarán las ideas plasmadas por Escobar, Villar, Solozabal y Ferrajoli, no sin antes, señalar que para el caso mexicano, la distinción ha perdido sentido, ya que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, se modificó el término “garantías individuales” por “derechos humanos”, por lo que ahora podríamos hablar del reconocimiento de “derechos humanos fundamentales” en México, pese a ello, para efectos didácticos se analizarán algunos postulados que se han vertido en torno a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales.

Para Luis Villar Borda, los derechos fundamentales son simplemente derechos humanos positivados, es decir, consagrados como derecho positivo en la Constitución política, el mismo observa que la mayoría de las nuevas constituciones han asumido esa tendencia, entre ellas, la Constitución de Colombia de 1991.¹⁹⁰

En el ámbito mexicano, siguiendo este postulado, se aludiría que los derechos reconocidos en la Constitución de la República, con independencia del nombre que la misma les brinde, son *derechos humanos fundamentales* o, si se quiere, *derechos humanos constitucionales*, lo cual es apropiado, ya que en nuestro país no existe una distinción práctica entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales como sí acontece en otros países.

¹⁹⁰ Villar Borda, Luis, *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, reimpresión, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Núm. 9, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2004, p. 47.

En España a diferencia de México, sí existe una distinción relevante entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, así se considera que los derechos constitucionales no cuentan con una garantía de protección ante el Tribunal constitucional español, mediante el recurso de amparo (salvo el caso de la objeción de conciencia en materia militar), por su parte, los derechos fundamentales sí tienen una garantía formal de protección ante dicho tribunal constitucional, vía recurso de amparo, por ello, se argumenta que en España existen derechos constitucionales no fundamentales como el derecho al trabajo, a contraer matrimonio, a la libertad de empresa, entre muchos otros más, los cuales no son susceptibles de protección vía recurso de amparo, aunque, desde luego, sí son vinculantes para todos los poderes públicos.¹⁹¹

Continuado con el análisis, se afirma que los derechos humanos reconocidos en la Constitución se denominan derechos fundamentales, se trata de derechos que el poder constituyente ha considerado como los más importantes, por lo que deben gozar de un mayor nivel de garantía, esto es, un grado de protección más elevado, que, en particular, puede brindar su incorporación en los textos constitucionales.¹⁹²

Es criticable dicha postura, ya que en la historia del constitucionalismo continental han existido Constituciones que reconocieron derechos fundamentales pero sin la posibilidad de su defensa judicial mediante alguna garantía, derivado de la concepción política que tuvieron en todo el siglo XIX y la primera mitad del XX las constituciones europeas (obviamente el constitucionalismo americano, en concreto, la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, se ubica en otra postura), las cuales no eran asumidas como verdaderas normas jurídicas. Es decir, se podía hablar de derechos fundamentales sin garantías para su protección, lo que no era contradictorio, al

¹⁹¹ Los derechos fundamentales se reconocen en el Título I, Capítulo Segundo, Sección 1a que integran de los artículos 14 al 29 de la Constitución española, por su parte, los derechos constitucionales o simplemente derechos, se reconocen en el Título I, Capítulo Segundo, Sección Segunda, que integran de los artículos 30 al 38 de la Constitución española. La Constitución puede ser analizada en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 29 de junio de 2017.

¹⁹² Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 27.

menos, bajo los umbrales del constitucionalismo continental de aquella época, de esta forma, se tuvo la Constitución francesa de 1791, la cual reconocía un catálogo derechos fundamentales, aunque los mismos no gozaban de protección jurídica.¹⁹³

Una postura contraria a la identificación de los derechos fundamentales como aquellos reconocidos en una Constitución o en una carta fundamental, se tiene en Ferrajoli, el cual ofrece un concepto teórico de los derechos fundamentales, para dicho autor, los mismos son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas. En este contexto, entiende por derechos subjetivos cualquier expectativa (positiva o negativa) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, por su parte, comprende por *status* la cualidad de un sujeto para ser titular de situaciones jurídicas, prevista por una norma positiva.¹⁹⁴

Dicha concepción es contraria a las ideas señaladas por Villar y Escobar, ya que prescinde de la circunstancia de que tales derechos se encuentren formulados en alguna Constitución, más aún, para Ferrajoli la previsión de los derechos fundamentales en el derecho positivo de un determinado ordenamiento es condición para su vigencia en aquél, pero no incide en el propio significado del concepto de derecho fundamental.¹⁹⁵

De esta forma, la previsión de un derecho fundamental en un texto constitucional, tampoco caracteriza su concepción, sólo expone una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario, así, son fundamentales los

¹⁹³ Sobre la identificación de la Constitución como verdadera norma jurídica y la historia del constitucionalismo mundial, véase Mora- Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. También puede resultar interesante sobre este tema el trabajo de Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit. pp. 5-13.

¹⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, sexta edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

derechos de un imputado señalados en los códigos procesales penales, es decir, en leyes ordinarias.¹⁹⁶

Ante la pregunta sobre ¿qué elemento le brinda fundamentabilidad a los derechos? Ferrajoli respondería que no se ubica en el reconocimiento constitucional de los mismos, sino más bien en el carácter universal de la imputación de los derechos, referida dicha universalidad, a la clase de sujetos que son titulares de los mismos. Así, serían considerados como derechos universales y, por consiguiente, fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, entre otros más.¹⁹⁷

Bajo esta vertiente, donde los derechos fueran alienables y por tanto no universales, por ejemplo, en las sociedades antiguas donde se permitía la esclavitud, los derechos no serían fundamentales, correlativamente, si fuera establecido como universal un derecho de poca importancia, el mismo sería fundamental con total independencia de su futilidad.¹⁹⁸

Pese al gran reconocimiento que ha tenido el pensamiento de Ferrajoli, al menos, en la mayoría de los países de América Latina, sus postulados se aprecian confusos y, en cierto sentido, contradictorios, lo cual no abona mucho a la comprensión de la teoría de los derechos humanos y, consecuentemente, a la de los derechos fundamentales.

Es confuso su pensamiento porque no distingue las diferencias que, en la literatura especializada, se han expuesto sobre las expresiones derechos subjetivos y derechos fundamentales.

Cabe detenernos un poco en este punto, se sabe que los derechos fundamentales son ante todo derechos subjetivos, pero los primeros se distinguen de los segundos porque éstos se reconocen en normas inferiores a la Constitución, así no vinculan al legislador, el cual, de hecho, puede

¹⁹⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁸ *Idem.*

suprimirlos mediante cualquier ley. Por otro lado, los derechos subjetivos carecen del carácter objetivo de los derechos fundamentales (el cual se explicará más adelante cuando se presenten las dos dimensiones de los derechos fundamentales), así como del esquema de garantías adicionales que suelen tener en exclusiva éstos.¹⁹⁹

Es contradictorio su pensamiento porque desconoce el reconocimiento de los derechos fundamentales en las normas constitucionales, privilegiando su carácter universal, pero de forma desconcertante, percibe a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos adscritos a todos los seres humanos por alguna norma jurídica positiva, derivado de su *status* de personas, el cual debe estar previsto también en una norma jurídica.²⁰⁰ Sin embargo, de conformidad con el constitucionalismo actual las normas constitucionales son normas jurídicas, fundamentales, pero normas en última instancia. Entonces, la contracción en su pensamiento es patente y real, por lo que ya no se entiende qué papel juegan las normas (constitucionales) en su representación de los derechos fundamentales.

Hasta aquí con los postulados de Ferrajoli, los cuales más que aclarar las distinciones entre derechos humanos y derechos fundamentales nos hizo repensar el esquema de distinción entre ambos derechos, con todo, se aprecia aparente su postura no constitucionalista, ya que como hemos dicho las normas jurídicas positivas a las que se refiere, bien podrían ser las mismas normas constitucionales.

Para avanzar en el tema, se indica que el autor Escobar resume la principal distinción entre los derechos humanos y los derechos fundamentales en la siguiente postura:

Los derechos humanos como demandas provenientes de la dignidad humana, se ubican en el campo de la ética, no del derecho positivo, así por más que expliquen el origen de los derechos fundamentales y puedan servir de su sustento, los derechos humanos se encuentran fuera de la Constitución. Por

¹⁹⁹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁰ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 37.

lo que, hasta que los derechos humanos sean reconocidos en una norma constitucional vigente serán derechos fundamentales, en caso contrario, permanecerán como demandas, a saber, exigencias no tuteladas.²⁰¹

Dicha postura, en nuestra opinión es inadecuada y debe dejarse a un lado, principalmente por dos razones:

- Porque los derechos humanos sí se encuentran o forman parte de las constituciones nacionales, derivado de la aplicación de la cláusula de incorporación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, que muchas constitucionales contienen.

Como ejemplo de ello, se resalta el artículo 1o de la Constitución de México que en síntesis señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.²⁰²

Por su parte, se tiene el artículo 93 de la Constitución de Colombia, el cual en resumen precisa que los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden interno. Asimismo, que los derechos consagrados en la Constitución, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.²⁰³

Por otro lado, se identifica el artículo 10, numeral 2 de la Constitución de España, el cual en síntesis indica que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad

²⁰¹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 33.

²⁰² *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, página consultada el 29 de junio de 2017.

²⁰³ *Véase* Constitución Política de Colombia, disponible en http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf, página consultada el 29 de junio de 2017.

con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.²⁰⁴

De esta forma, se concluye que los derechos humanos, sí tienen aplicación en el ámbito constitucional, lo que ha dado hincapié a la configuración del parámetro de control de regularidad constitucional, que por ejemplo, en nuestro país asumió la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011, ampliamente conocida y estudiada en el seno nacional.²⁰⁵

- Porque varias constituciones reconocen expresamente el término derechos humanos en lugar de la expresión derechos fundamentales, lo que conlleva a considerar que los derechos humanos están en los confines del derecho, en concreto, del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que obtienen una protección reforzada. Se resaltan los casos de las constituciones de México, Guatemala²⁰⁶ y Venezuela²⁰⁷, que de manera literal establecen un catálogo de derechos humanos.

Ahora bien, no pasamos por alto, que el autor Escobar, paralelamente, reconoce ciertas relaciones entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, a través de dos mecanismos: el principio de dignidad humana y el derecho internacional.²⁰⁸

²⁰⁴ *Cfr.* Constitución española, disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>, página consultada el 29 de junio de 2017.

²⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, pp. 30, 37-40 y 42, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 29 de junio de 2017.

²⁰⁶ *Cfr.* Constitución de Guatemala, disponible en <http://www.congreso.gob.gt/manager/images/1188FE6B-B453-3B8C-0D00-549DA12F72CB.pdf>, página consultada el 29 de junio de 2017.

²⁰⁷ Véase Constitución de Venezuela, disponible en <http://www.bcv.org.ve/c3/constitucionvzla022009.pdf>, página consultada el 29 de junio de 2017.

²⁰⁸ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 35.

Sobre el principio de dignidad señala que es posible que derechos humanos no reconocidos expresamente en una Constitución puedan convertirse en fundamentales al fundarse en la dignidad, por ejemplo, refiere que tal esquema se tiene en la Constitución de Perú. Respecto al derecho internacional, reconoce la cláusula de remisión del derecho constitucional al derecho internacional, para lo cual cita el esquema establecido en la Constitución de Venezuela y concluye que el derecho internacional sólo opera para ampliar el contenido de los derechos fundamentales nunca para limitarlos o para justificar afectaciones a los mismos no previstas en la norma constitucional.²⁰⁹

Con dichos postulados, se observa que en el fondo Escobar acepta nuestras objeciones en torno a su caracterización de los derechos fundamentales, sin embargo, era necesario analizar todos sus postulados de manera crítica, a todo esto, se asume que actualmente no existe un conflicto (real ni aparente) entre los órdenes jurídicos nacional e internacional (como parece plantearse), pues los mismos no se relaciona de forma jerárquica, además, porque comparten un objetivo sustancial, esto es, la consecución de la mayor protección posible de las personas, sin preocuparse si la misma se consigue en el ámbito nacional o internacional.

Como último punto, se identifica que los derechos fundamentales comportan una dimensión subjetiva y objetiva, las cuales a nuestro entender, son aplicables también a los derechos humanos, de ahí nuestra comprensión de los mismos como derechos humanos fundamentales.

La dimensión subjetiva interpreta a los derechos fundamentales como el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico de la persona, la misma se relaciona, desde nuestro punto de vista, con la idea de que los derechos fundamentales están ligados a la dignidad humana son, por decirlo de algún modo, la proyección positiva, inmediata y vital de la dignidad.²¹⁰

²⁰⁹ Escobar Roca, Guillermo, *op. cit.*, p. 35 y 36.

²¹⁰ Solozabal Echavarría, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991, p. 88, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27093>, página consultada el 30 de junio de 2017.

La dimensión objetiva señala que los derechos fundamentales constituyen elementos esenciales del orden jurídico-político, en tres sentidos: el primero, porque son condición mínima para la democracia; el segundo, porque son normas competenciales del ordenamiento jurídico pues establecen ámbitos protegidos de las actividad pública (lo que se conoce como coto vedado); el tercero, porque definen el status jurídico básico de las personas actuando como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico.²¹¹

Como se observa, las dos dimensiones son fácilmente aplicables a los derechos humanos, pues los mismos se sustentan en la idea de dignidad humana, asimismo, son un núcleo básico (valioso) del status jurídico de las personas y, finalmente, se instituyen como parámetros de dirección y orientación de todo el orden jurídico, propiciando así su uniformidad y ámbitos de lo indecible por parte de las mayorías.

Con base en todos los planteamientos esbozados a lo largo del presente apartado de la investigación, cabe plantear una postura final y reflexiva sobre la concepción de los derechos humanos, la cual ya se ha ido anunciando en las críticas de las concepciones existentes. La postura que asumiremos, no se centrará en presentar un concepto único de los que son los derechos humanos, ya que no se comparte el pensamiento de caracterizarlos de esa manera. En este sentido, preferimos establecer un esquema epistemológico, a saber, un modelo de acercamiento a los derechos humanos, que sea versátil y apropiado a las implicaciones prácticas de nuestro tiempo.

El modelo de aproximación a los derechos humanos a presentarse, se sustentará en las ideas expuestas por parte de diversos autores analizados en este trabajo, rescatando los postulados que observamos útiles y desechando los criterios que recibieron fuertes críticas.

En particular, ante las complejas preguntas que podemos formularnos actualmente respecto a ¿qué son los derechos humanos? ¿qué elementos configuran su esencia? o ¿cómo saber que nos encontramos frente a ellos? cabrían un cúmulo de respuestas, dependiendo de la postura filosófica, política

²¹¹ Solozabal Echavarría, Juan José, *op. cit.*, p. 88

y jurídica que se asuma, por lo que no sería práctico, novedoso, ni deseable exponer respuestas a cada una de dichas interrogantes, algo que como observamos, ya han realizado varios autores, llegando, en algunos casos, a resultados confusos y problemáticos, por lo que la prospectiva en torno a la concepción de los derechos humanos se presenta incierta bajo tal perspectiva.

Por ello, se plantea una forma diversa de aproximación a los derechos humanos, la cual no se ocupa en expresar un concepto de alcance general o particular (lo cual ya es un enorme desafío, aunque tal vez innecesario).

En efecto, nos interesa presentar un esquema o modelo de aproximación a los derechos humanos de naturaleza conciliadora e integradora, el modelo que proponemos lo denominamos de “concordancia armónica”²¹² el mismo se sustenta en los siguientes postulados:

- Para caracterizar a los derechos humanos se debe utilizar un esquema ecléctico (como el planteado por Escobar), esto es, un modelo compuesto de criterios de naturaleza diversa, que nos guíen en la comprensión de los derechos humanos de forma integral y pluridimensional.
- La hermenéutica diatópica de Santos es de aplicación necesaria en el modelo de aproximación a los derechos humanos que se expone, ya que nos permite reconocer el carácter incompleto de cualquier concepto de derechos humanos, planteado por las sociedades contemporáneas.
- Las funciones que cumplen los derechos humanos en la práctica actual y cotidiana son criterios necesarios para la idealización de los mismos, tal como lo afirma Beitz.
- El discurso argumentativo es el instrumento que se utiliza en la teorización de los derechos humanos, el cual se dirige a un auditorio interesado en el tema y dispuesto a argumentar sus posturas.
- Ningún discurso argumentativo generado para la comprensión de los derechos humanos, aún el que provenga de la mayoría, puede menoscabar

²¹² Adoptado del principio de “concordancia práctica” generado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, cit., pp. 175-182.

la dignidad humana, a través de la violación de los derechos humanos reconocidos en nuestra era.

- En todo caso, la conciliación de las concepciones sobre derechos humanos, se puede lograr mediante el diálogo abierto honesto y la flexibilización de las opiniones asumidas, mediante el cambio de posturas, es decir, se trata de aproximarse a la discusión desde los ojos del otro.
- Toda concepción particular de los derechos humanos está destinada al fracaso (i.e: oriental, occidental o cualquier otra), ya que no representa la naturaleza humana, así lo que realmente importa es participar en un diálogo intercultural, asimismo, maximizar los elementos que se comparten en las culturas y encontrar respuestas armónicas en la propia diversidad.
- Con mucho, es posible aplicar un control de pluralidad cultural a toda concepción de los derechos humanos (bajo los parámetros señalados), si la misma logra superarlo es posible asentir que la concepción es de aplicación práctica y funcional (al menos para ese momento), por ser armónica, conciliadora, integral, procedimental y diatópica, en concreto, se puede opinar que la misma es valiosa jurídicamente hablando.

En suma, ante la pregunta que justificadamente se nos pudiera efectuar sobre ¿qué son los derechos humanos? cabría responder afirmando que no existe una respuesta correcta y que tal vez no sea necesario que se tenga, sin embargo, sí hay un modelo epistémico de aproximación a los derechos humanos que más que darnos una respuesta precisa sobre qué son los mismos, nos acerca a su caracterización sin comprometerse con una idea particular, sino todo lo contrario, elevando la diversidad de posturas a su máxima potencialidad (como lo sugiere Santos).

Con todo, daremos una respuesta a la interrogante, la cual debe someterse al modelo de concordancia armónica señalado, si la concepción busca ser exitosa en el futuro, así, se asume que en nuestro país los derechos humanos son *derechos humanos fundamentales* de los que gozan todas las personas, los cuales les permiten conformar una forma de vida de realización particular y social, dichos derechos tienen como fundamento ético a la dignidad humana y

como respaldo positivo un esquema de garantías jurídicas para su protección de índole multinivel, además de ser informadores, conductores y orientadores de las actividades de todas las autoridades del Estado.

III.- Principales posturas sobre la fundamentación de los derechos humanos

La fundamentación de los derechos humanos sigue siendo un tema relevante en la conformación de una cultura de los derechos, principalmente, por el efecto práctico que el mismo puede generar en países con un alto índice de violación de derechos humanos.

Una razón para fundamentar los derechos humanos tiene que ver con la necesidad de construir una instancia crítica, que funcione para comprobar en la realidad, cómo los derechos humanos contribuyen con los procesos de liberación de las personas y las sociedades.²¹³

Para el profesor español Eusebio Fernández, la indagación sobre la fundamentación de los derechos humanos, se relaciona con el problema de identificar una justificación racional a los mismos, es decir, un sustento que no sea emotivo ni tampoco intuitivo, el cual, además, influirá el concepto que se adopte de los derechos humanos.²¹⁴

Es exagerado señalar, como lo han hecho algunos autores, que el problema sobre la fundamentación de los derechos humanos, ya fue resuelto desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.²¹⁵

Ello, porque a pesar de la emisión de dicha Declaración y de otros instrumentos del sistema universal (i.e: pactos internacionales de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales) y regionales de protección de derechos humanos (i.e: Convención Americana sobre Derechos Humanos),

²¹³ Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Editorial Itaca, 2013, p. 31.

²¹⁴ Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 82.

²¹⁵ Bobbio, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 10, (original no consultado, cit. por Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 82).

no hay acuerdo unánime, por lo tanto, contundente sobre ¿cuál es la naturaleza del fundamento de los derechos humanos?

De esta forma, en esta parte de la investigación, se presentarán las principales posturas que se han generado para tratar de explicar el fundamento de los derechos humanos, las cuales se enumeran a continuación:

- Fundamentación antropológica.
- Fundamentación iusnaturalista.
- Fundamentación historicista.
- Fundamentación ética.
- Fundamentación iuspositivista.
- Fundamentación filosófica.

Finalizaremos este apartado del trabajo con algunas reflexiones concretas y una postura propia en torno al sustento de los derechos humanos. Asimismo, se hará alusión a la fundamentación filosófica de los derechos humanos desde una perspectiva árabe e hindú.

1.- Fundamentación antropológica

Esta perspectiva fundacional es la menos desarrollada en la literatura nacional y, en cierto sentido, internacional, aunque la misma presenta postulados interesantes que nos podrían ayudar a tomar una posición o a esclarecer el tema.

En concreto, bajo este modelo de justificación los derechos humanos tienen su soporte antropológico en la idea de necesidades humanas, de esta manera, con el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos humanos se busca satisfacer una serie de exigencias humanas, que se estiman necesarias para el desarrollo de una vida digna, a saber, una forma de vida con calidad.²¹⁶

Aquí cabe preguntarnos sobre una posible jerarquía entre las necesidades humanas existentes, la cual nos ayude a distinguir las relevantes de las

²¹⁶ Cfr. Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

irrelevantes, de acuerdo con los fines prácticos que se quieran obtener con la satisfacción de la necesidad (ejercicio del derecho). Bajo esta perspectiva, los derechos humanos se identificarán, necesariamente, con lo que consideramos más importante, lo que es lo mismo, con los derechos que estimamos más importantes.²¹⁷

Para materializar el esquema descrito, se debe partir de la situación, no siempre posible, de que en todo Estado existen medios suficientes y posibilidades para la satisfacción real de las necesidades humanas de diversa naturaleza, de lo contrario, no sería adecuado hablar de derechos humanos.²¹⁸ Por ejemplo, la exigencia de contar y disfrutar de los servicios de salud, educativos o tecnológicos, en concreto, el acceso a la red informática mundial: internet, por considerarlos como necesidades humanas para el desarrollo de una vida de calidad.

Bajo este sendero, en palabras de Liborio Hierro tener derechos implica tener necesidades, para cuya satisfacción existen razones manifiestas para exigirlos, en este sentido, sólo se pueden sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su cumplimiento de manera incondicional, como si se tratara de un fin en sí mismo.²¹⁹

Ahora bien, respecto de esta forma de justificar los derechos humanos, se identifican, al menos, tres problemas, que describimos a continuación:

- Para aplicar correctamente esta postura se debe primero identificar (lo que no se hizo) qué se entiende por vida digna, para ello se sugiere recurrir a la jurisprudencia, ya que las normas constitucionales y convencionales no nos dan una respuesta a dicha interrogante, de no hacerlo así, perdería cualquier posibilidad de aplicación la fundamentación antropológica de los derechos humanos.

²¹⁷ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ Hierro, Liborio, ¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto, *Sistema 46*, enero de 1982, pp. 57 y 61, (original no consultado, cit. por Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 79).

- La idea de jerarquía de necesidades humanas debe ser detallada, ya que no se presentan parámetros o directrices objetivos que nos ayuden a efectuar la elección entre necesidades, lo cual se observa complicado en sociedades pluralistas como las actuales, todavía más, se debe considerar que un esquema de jerarquía de necesidades es posible en el discurso común, pero no desde un discurso especializado, a saber, de los derechos humanos, por la razón de que los mismos no se relacionan de forma jerárquica, así cabe evaluar la posible afectación a la estructura relacional de los derechos humanos.
- La base antropológica de los derechos humanos requiere un escenario ideal, (difícil de alcanzar en muchos países), esto es, que el Estado cuente con todos los medios suficientes y posibilidades para satisfacer las necesidades fundamentales humanas, en el lenguaje de esta postura, los derechos humanos. La realidad es más compleja, aún contando un Estado con los recursos presupuestarios para hacer efectivos los derechos humanos (en particular, los económicos, sociales, culturales y ambientales) no siempre se destinan a dicho propósito, aquí el punto cuestionable de esta postura, que la convierte en una forma de justificación idealista de los derechos humanos.²²⁰

Por todo lo referido, se concluye que la fundamentación antropológica de los derechos humanos nos invita a repensar sus postulados, los cuales podrían ser, en algún grado, utilizados para presentar, en otro lugar de la investigación, una postura final en torno a la justificación de los derechos. Lo anterior, derivado de que se parte de una filosofía de la inclusión y potencialización de las ideas y no de una postura de descalificación total, lo cual desconoce la importancia del debate académico.

²²⁰ Los idealismos son comunes en posturas académicas que tratan de explicar temas difíciles, un esquema idealista muy conocido es el de John Rawls. Dicho autor buscó explicar qué era la justicia, mediante la determinación de los derechos y deberes de las personas, para ello, estableció un modelo imaginario de posición original, es decir, un *statu quo* inicial apropiado para asegurar que los acuerdos fundamentales alcanzados en él fueran imparciales, derivado de que nadie estaría colocado en una posición ventajosa o desventajosa, de esta forma, se llegaría al velo de la ignorancia de un modo natural, véase Rawls John, *Teoría de la justicia*, sexta reimpresión., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 29-31.

2.- Fundamentación iusnaturalista

La justificación iusnaturalista de los derechos humanos es una corriente de pensamiento que ha tenido el mayor alcance y difusión, la misma considera que los derechos humanos derivan del derecho natural, por lo que se trata de derechos previos y superiores al derecho positivo.²²¹

Ahora bien, considerando que el derecho natural es un ordenamiento universal deducido de la propia naturaleza humana, del mismo se derivan derechos naturales, los cuales son anteriores y superiores al derecho positivo y, por consiguiente, inalienables. Así, en términos de la fundamentación iusnaturalista los derechos humanos son derechos naturales.²²²

Dentro de esta postura de fundamentación, se deben distinguir, a su vez, dos dimensiones, una clásica y otra racionalista:

- En la dimensión clásica encontramos como principales representantes a Aristóteles y a Tomás de Aquino, el primero señala que el derecho está constituido por un derecho natural universal y por un derecho positivo, el segundo, precisa que el derecho es uno sólo, con un componente natural y otro positivo.²²³
- En la dimensión racionalista los representantes son básicamente Locke, Rousseau, Hobbes y Grocio, como puntos a resaltar de esta dimensión se tienen que la sociedad y el derecho provienen de un pacto, que la naturaleza humana no se concibe en forma metafísica sino empírica (de ahí su racionalismo) y que el derecho se encuentra dividido en un derecho natural y otro positivo.²²⁴

²²¹ Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, Colección sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), Fascículo 6, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 20.

²²² Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 84, 86 y 87.

²²³ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 20.

²²⁴ *Ibidem*, p. 21.

Para profundizar, se puede afirmar que las tres principales características de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos son las siguientes:²²⁵

- El origen de los derechos naturales no es el derecho positivo, sino un orden jurídico distinto al positivo, a saber, el orden jurídico natural.²²⁶
- El orden jurídico natural y los derechos naturales que se obtiene de aquél son la expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todas las personas.²²⁷
- Los derechos humanos existen y los posee la persona con independencia de que se reconozcan o no en el derecho positivo.²²⁸

Por otro lado, como críticas a la justificación iusnaturalista de los derechos humanos, se ha señalado que las efectuadas al concepto de derecho natural son aplicables directamente a la idea de derechos humanos como derechos naturales.²²⁹

En este sentido, sobre el sustantivo “derechos” en la noción derechos naturales, se alude que los derechos naturales sólo pueden ser considerados auténticos derechos en el ámbito jurídico, cuando estén reconocidos en una norma del derecho positivo (por ejemplo, una Constitución), mientras ello no ocurra, estaremos frente a valores, intereses, objetivos y deseos (incluiríamos demandas), si se quiere necesarios o fundamentales pero no derechos.²³⁰

De esta manera, cuando los partidarios de la fundamentación iusnaturalista expresan la idea de que los derechos naturales son anteriores y superiores al derecho positivo, se debe entender más bien a aquéllos como simples

²²⁵ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 93.

²²⁶ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 93.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ Fernández-Galiano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1974, p. 150, (original no consultado, cit. por Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 94).

²²⁹ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 95.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 95 y 96.

exigencias éticas o principios suprapositivos, anteriores al derecho positivo y, en alguna forma superiores al mismo, pero desde una perspectiva moral y ética.²³¹

En otro sentido, se ha referido que la defensa de los derechos naturales como deducidos de la naturaleza humana comporta un problema fundamental, esto es, responder a la crítica de que la idea misma de naturaleza humana es un concepto impreciso, ambiguo y equívoco. Por ello, se sugiere que lo correcto sería aludir que los derechos naturales son deducciones que se hacen a partir de juicios de valor que se aplican a la naturaleza humana (i.e: un derecho es natural y, por consiguiente, bueno y justo por que lo hemos derivado de lo que estimamos bueno y justo para la naturaleza humana).²³²

Por otro lado, se tiene la circunstancia de que a lo largo de la historia el contenido y número de derechos humanos, como la relevancia concedida a los mismos ha ido cambiando, de esta forma, la lista de derechos humanos se ha modificado de conformidad con los cambios en las condiciones históricas, a saber, las necesidades, los intereses de los grupos de poder, los medios disponibles para su materialización y las transformaciones tecnológicas, por mencionar sólo algunas. Así, se llega a la reflexión de que no existen derechos humanos por su naturaleza, lo que parece fundamental en una época o cultura, no lo es en otra época y sociedad.²³³

Sobre esto, se señala, por ejemplo, que en la fecha de promulgación de la Constitución de nuestro país (5 de febrero de 1917) era impensable e innecesario incluir un derecho humano de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de internet, como hoy en día sí se reconocen en el artículo 6o de dicha carta constitucional.²³⁴

²³¹ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 96.

²³² *Idem.*

²³³ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

²³⁴ *Cfr.* Artículo 6o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, página consultada el 2 de julio de 2017.

Finalmente, sobre la afirmación de los iusnaturalistas respecto a que los derechos humanos existen y se tienen sin exigir su reconocimiento por parte de las normas del derecho positivo, se ha señalado que es una verdad a medias o, mejor, ingenua de cara a la necesaria efectividad de los derechos humanos.²³⁵

De esta forma, se requiere de una estructura de garantías jurídicas para combatir cualquier afectación (posible) a los derechos humanos generada por parte de las autoridades públicas o de los particulares, así, al ser reconocidos en los instrumentos jurídicos transitan del mundo de los ideales morales al de los ideales constitucionales y convencionales, pues ¿a caso no todo derecho humano es en el fondo un ideal moral? aunque la respuesta sea afirmativa, ello no elimina la necesidad de que sean reconocidos por el derecho positivo para lograr su plena efectividad.

3.- Fundamentación historicista

Para este tipo de justificación, los derechos humanos exponen los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que los seres humanos mantienen y experimentan de acuerdo al desarrollo social.²³⁶

El origen de esta justificación se remonta al siglo XIX, la aportación principal de esta perspectiva es concientizar a las personas del carácter histórico de los diferentes fenómenos sociales, además el plantear que la concepción de los derechos humanos está sujeta al lugar y tiempo en el que se analizan.²³⁷

El contraste entre la fundamentación iusnaturalista y la justificación historicista, se tiene en que en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, se habla de derechos históricos, variables y relativos, asimismo, en vez de derechos anteriores y superiores a la sociedad, se concibe a los derechos, en la perspectiva histórica, como de origen social, en virtud de que son el resultado de la evolución de la misma sociedad.²³⁸

²³⁵ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 98.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 100 y 101.

²³⁷ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 21.

²³⁸ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 101.

Para seguir avanzando, se identifica que en la perspectiva historicista, los derechos humanos no se fundan en la naturaleza humana sino en las posibilidades de satisfacer las necesidades humanas dentro de la sociedad.²³⁹

Bajo dicha premisa, la temática concreta de los derechos humanos estará en función de los valores formulados en una comunidad histórica específica, asimismo, de los fines que la misma pretenda llevar a cabo, siempre y cuando se respete la dignidad humana.²⁴⁰

En este sentido, la justificación historicista de los derechos humanos describe la evolución y desarrollo de los mismos (sobre este tema regresaremos después cuando hablemos de las dimensiones de los derechos humanos), lo que se observa más realista que el modelo de justificación iusnaturalista.²⁴¹

Por esta razón, se interpreta que para algunos autores la fundamentación historicista permitiría introducir nuevos derechos que van ampliando el catálogo o elenco de los derechos humanos y, en consecuencia, estableciendo nuevas categorías de los mismos.²⁴²

Para nosotros no es adecuado hablar de categorías de los derechos humanos, más adelante abordaremos este tema, por ahora, restaría concluir que la justificación historicista es muy útil para la comprensión de los derechos humanos, ya que nos permite aplicar un método particular del conocimiento científico (histórico), en el ámbito de los derechos humanos, los cuales bajo sus postulados pueden ser asumidos como una noción evolutiva y, por consiguiente, sujeta a transformaciones continuas, de cara a las circunstancias y necesidades de cada época del desarrollo de la humanidad, lo que resulta

²³⁹ Peris, Manuel, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres, 1976, pp. 135 y 137, (original no consultado, cit. por Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 101). Aquí, se observa un punto de convergencia entre la fundamentación historicista y la antropológica, ya que ambas, la segunda en mayor grado, consideran a las necesidades humanas como un elemento base en sus postulados.

²⁴⁰ Peris, Manuel, *op. cit.*, pp. 135 y 137, (original no consultado, cit. por Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 101).

²⁴¹ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 102.

²⁴² Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 22.

convergente con los principios vigentes de progresividad y no regresividad²⁴³ que caracterizan a los derechos humanos en el ámbito global.

4.- Fundamentación ética

En este punto de la investigación, seguimos sin encontrar una respuesta adecuada y contundente a la interrogante sobre ¿cuál es el fundamento actual para defender los derechos humanos? Para algunos autores, ni la justificación iusnaturalista (donde el fundamento de los derechos humanos está en el derecho natural, obtenido de una naturaleza humana universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (donde el sustento de los derechos humanos está en la historia, relativa y cambiante) contestan a dicha pregunta de forma convincente y racional, por lo que, consideran que la justificación ética es una salida satisfactoria al problema.²⁴⁴

Pero veamos en que consiste la fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos, la misma parte de la premisa central de que el origen y sustento de tales derechos nunca será jurídico, sino previo al derecho positivo, aquí un punto convergente con la postura iusnaturalista. En concreto, para la postura ética el derecho no crea a los derechos humanos, más bien su labor es pragmática, lo que implica que las normas jurídicas deben reconocer los derechos humanos, a fin de garantizarlos, es decir, darles plena efectividad.²⁴⁵

Bajo este pensamiento, debemos entender por fundamentación ética, axiológica o valorativa de los derechos humanos, la idea de que la misma se rige en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una forma de vida digna, a saber, de exigencias generadas de la noción de dignidad humana.²⁴⁶

²⁴³ Para un acercamiento teórico detallado a dichos principios, puede consultarse el siguiente trabajo: Javier Calvo, Nestor, "Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales", *Revista Vis Iuris*, núm. 1, vol. 1, enero-junio de 2014, pp. 141 - 161, Universidad Sergio Arboleda. Escuela de Derecho, disponible en <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/viewFile/214/192>, página consultada el 2 de julio de 2017.

²⁴⁴ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 107.

Se trata, como se puede observar, del fundamento de los derechos humanos en la dignidad humana, lo cual es compatible como los criterios que se han plasmado en la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales concebidos a partir de la Segunda Guerra Mundial.

A fin de profundizar en el tema, cabe indicar que para la justificación ética, los derechos humanos se conciben como derechos morales, esto es, exigencias éticas referentes a la seguridad, autonomía, libertad e igualdad humana, cuyo reconocimiento materializa una convivencia social justa e informa y legitima a los poderes públicos.²⁴⁷

De esta manera, los derechos morales, o lo que es lo mismo, los derechos que tienen que ver directamente con la dignidad humana, pueden ser valorados como derechos humanos. Por ello, la fundamentación ética de los derechos humanos, se sustenta en la consideración de esos derechos como morales, lo que resulta en una doble vertiente ética y jurídica de comprensión de los mismos, que nos permitiría, en cierto sentido, superar la tradicional polémica entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo.²⁴⁸ Con todo, en teoría del derecho existen diversas posturas que tratan de explicar las relaciones entre ambas escuelas de pensamiento, por ejemplo, las teorías del positivismo incluyente y del positivismo excluyente.²⁴⁹

Como se aprecia, esta fundamentación es de clara ascendencia anglosajona, ya que ubica a los derechos humanos con la locución *moral rights*, de esta manera, se busca explicar el sustento de estos derechos en una moralidad básica, con una carga axiológica-valorativa, con base en exigencias

²⁴⁷ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 107 y 128.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

²⁴⁹ Existe un interesante trabajo publicado en México que explica con detalle el debate en torno al positivismo jurídico y sus vertientes, véase Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. Por otro lado, en España se publicó la versión en castellano de la conocida obra *Inclusive legal positivism* del autor Waluchow, la cual explica la controversia entre el positivismo jurídico incluyente y el excluyente, véase Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.

que se aprecian indispensables para asegurarle a las personas una forma de vida satisfactoria.²⁵⁰

Para tener una radiografía más completa de la justificación ética de los derechos humanos, recurriremos a las preguntas de investigación y respuestas formuladas por Eusebio Fernández, lo anterior, ya que nos pareció muy interesante el ejercicio efectuado por dicho autor para expresar su preferencia hacia esta forma de fundamentar los derechos humanos. Esta tarea nos llevará a presentar una postura propia sobre la fundamentación de los derechos humanos de forma integral como lo veremos en otro lugar de la investigación.

Regresando a nuestro cometido, se indica que el objetivo de este ejercicio científico es identificar y representar la racionalidad de los valores y exigencias éticas que respaldan los derechos humanos en el ámbito de su justificación ética. Para ello, surgen las siguientes interrogantes que se deben contestar, si se quiere llevar a buen puerto el modelo ético de los derechos humanos: ¿a qué tipo de valores nos referimos cuando buscamos fundamentar éticamente los derechos humanos? ¿de qué tipo de exigencias éticas se trata, pues tenemos absolutas, universales, históricas, convencionales, entre muchas otras más? y ¿existen razones y argumentos para la defensa y justificación de los derechos humanos?²⁵¹

Como un adelanto a las respuesta a tales interrogantes, se señala respecto a la primera pregunta, que se refieren a los valores relativos a la dignidad humana, pongamos por caso, los valores de seguridad, libertad e igualdad, más adelante se profundizará en este punto. Por lo que respecta, a la segunda interrogante, se especifica que se trata de exigencias éticas no absolutas (con excepción de la exigencia de respeto a la vida), históricas y racionales. Finalmente, sobre la tercera pregunta, se indica que sí existen razones para la justificación de los derechos humanos.²⁵² Pero veamos más a fondo cada una de las repuestas planteadas.

²⁵⁰ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 23.

²⁵¹ *Cfr.* Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 115 y 120.

²⁵² *Ibidem*, pp. 115 y 116.

Para una mejor exposición del tema, se comenzará por integrar y desarrollar las respuestas a la segunda y tercera interrogante, cuyo problema puede identificarse con la posibilidad de crear una justificación racional de la fundamentación ética de los derechos humanos, la cual se desenvuelve en los siguientes tres pasos o requisitos:²⁵³

- Como primer requisito, se debe partir de la idea mínima de que los derechos humanos son ideales o exigencias que consideramos importantes e indispensables para la configuración y desarrollo de la vida humana, si no se acepta esa idea, ya no tendría razón de ser la pregunta sobre la fundamentación de los derechos humanos.²⁵⁴
- Como segundo requisito, se debe buscar el sustento de los derechos humanos, para ello, se presentarán razones, las cuales nos conducirán, necesariamente, a la justificación de los valores últimos, que estimamos como objetivos o ideales y que son elegidos por encima de otros valores secundarios, mediante decisiones racionales.²⁵⁵
- El tercer paso, se representa en dos dimensiones, por un lado, en la posibilidad de que las razones esbozadas anteriormente, puedan ser expresadas ante un auditorio (otras personas) a fin de posibilitar el diálogo y la contrastación, es decir, la argumentación; por el otro, en la posibilidad de que esas razones expuestas logren un reconocimiento general o lo más general posible.²⁵⁶

En suma, con base en dichas respuestas, se puede aducir que el análisis del fundamento ético de los derechos humanos, conlleva la posibilidad de la racionalidad y universalidad del mismo, en otros términos, el adoptar dicho esquema implica no hablar de derechos absolutos, atemporales e invariables, sino más bien de derechos morales que pueden ser justificados con el recurso

²⁵³ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 117.

²⁵⁶ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 118.

a la argumentación, los cuales, además, cuentan con la pretensión de ser universales en un momento histórico particular.²⁵⁷

Ahora, regresemos a la primera pregunta efectuada en páginas anteriores, la misma cuestionaba lo siguiente: ¿a qué tipo de valores nos referimos cuando buscamos fundamentar éticamente los derechos humanos?²⁵⁸

La repuesta es interesante y sustancial para la comprensión de la propia teoría de los derechos humanos, por el alcance formal y material que ofrece de cara al esquema relacional, que sostuvimos en este trabajo al momento de explicar las conexiones que se manifiestan entre los siguientes elementos del discurso de los derechos humanos: dignidad, valores, principios y reglas jurídicas.

Pues bien, la respuesta a la primera interrogante, sostiene, como se había anunciado, que esos valores giran en torno a la dignidad humana, componente básico y necesario para poder dialogar sobre los derechos humanos. La cual aparece expresada en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²⁵⁹

De la noción de dignidad humana se derivan valores que justifican los diversos derechos humanos. Estos valores son la seguridad-autonomía, libertad e igualdad. El valor seguridad fundamenta los derechos humanos personales y de seguridad jurídica, por su parte, el valor libertad sustenta los derechos políticos, por último, el valor igualdad fundamenta los derechos sociales, económicos y culturales. Analicemos pues con mayor detalle dichas consideraciones.²⁶⁰

Los derechos personales y de seguridad jurídica, que se corresponden con el valor seguridad, son los más conectados con la idea de dignidad humana, los mismos esbozan derechos de la persona considerada como un ser

²⁵⁷ *Idem*.

²⁵⁸ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 120.

²⁶⁰ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

autónomo, libre y responsable. Como ejemplos de dichos derechos, se tienen a la vida, integridad personal, libertad de conciencia y de pensamiento, al honor, derechos procesales, entre muchos otros similares en condición y naturaleza.²⁶¹

Sobre el valor libertad se deducen y tienen su fundamento los derechos de libertad o derechos de la persona como ciudadano y participante activo de una sociedad democrática, en concreto, se trataría de los derechos a la libertad de expresión, de reunión y asociación, en general, de los derechos políticos.²⁶²

Los derechos sociales, económicos y culturales que se derivan del valor igualdad, son derechos que amplían la noción de igualdad formal, imprimiéndole un nuevo sentido, a fin de transformarla en una igualdad material. Se trata de derechos de la persona en su entorno social y cultural. Ejemplos concretos de tales derechos sociales, económicos y culturales son el derecho al trabajo, a la seguridad social, a una remuneración justa, a la protección de la salud, de los consumidores, de acceso a la cultura y a la educación.²⁶³

A modo de reflexión final sobre la fundamentación ética de los derechos humanos, se señala que hasta este momento, parece ser la más adecuada, desarrollada y sofisticada, en comparación con la justificación iusnaturalista y en cierto nivel, con la historicista, por las siguientes razones:

- Parte de una visión ecléctica que busca rescatar criterios generados en el seno de otros pensamientos, por ejemplo, al reconocer exigencias morales históricas, esto es, derechos humanos universales en una época concreta, lo cual es adecuado bajo un esquema maximalista y de conciliación como el que se ha defendido en este trabajo.
- Le otorga un lugar central a la idea de dignidad humana (la cual por naturaleza es moral) no como derecho humano particular, como algunos lo

²⁶¹ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 121.

²⁶² *Ibidem*, pp. 121 y 122.

²⁶³ Fernández, Eusebio, *op. cit.*, pp. 122-124.

sostienen, sino como un elemento que informa y caracteriza a todos los derechos humanos, lo cual es totalmente compatible con la postura asumida en esta investigación, así como la esbozada por la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tanto del *soft law* (i.e: Declaración Universal de Derechos Humanos) como del *hard law* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

- Pone de relieve el papel fundamental que juega la argumentación, el diálogo y la idea de auditorio para fundamentar racionalmente los valores o exigencias morales, a saber, los derechos morales, consecuentemente, los mismos derechos humanos. En este sentido, reconoce la posibilidad de dar razones para la toma de una postura en el ámbito ético y, desde luego, jurídico, lo cual nos llevaría a afirmar la necesidad de contar con una moral crítica²⁶⁴ y una teoría de la argumentación de los derechos humanos.
- Es una postura realista, ya que admite el rol que juegan las normas jurídicas para la efectividad de los derechos humanos, al identificar que se necesita el reconocimiento de los derechos en los instrumentos jurídicos, a fin de dotarlos de garantías para su protección plena.

5.- Fundamentación iuspositivista

La justificación iuspositivista no está reconocida explícitamente en las obras que esbozan la fundamentación de los derechos humanos, mismas que se han descrito en este trabajo, sin embargo, consideramos apropiado hablar de esta versión de justificación, poco explorada pero ampliamente conocida, a fin de contrastarla con las demás corrientes de fundamentación y obtener así un panorama más completo de lo que podríamos denominar como *teoría de la fundamentación de los derechos humanos*.

²⁶⁴ Una idea inicial sobre la moral crítica y su distinción con la moral social, se encuentra en Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, pp. 92-128. La noción de moral crítica tiene conexión con la ética misma, por ejemplo, el autor Singer al tratar de distinguir lo ético de lo que no es ético, señala que la noción de vivir de acuerdo con unos valores éticos está vinculada a la noción de *defender* el modo de vida de uno, *darle una razón, justificarlo*, véase Singer, Peter, *Ética práctica.*, trad. de Rafael Herrera Bonet, Madrid, Akal, 2009, p. 21 (las cursivas son nuestras no vienen en el original).

Comencemos por señalar que la misma tiene su respaldo en la escuela de pensamiento identificada con el positivismo jurídico, lo cual ya es problemático, no por los postulados que la representan, sino por la variedad de criterios que existen en torno a su caracterización, en concreto, la existencia de diversos positivimos jurídicos, como bien lo asume Bix, para el cual existen tres variantes del mismo, la primera, referida a la teoría del mandato que ofrecieron Austin y Bentham, la segunda, respaldada por Hart y sus seguidores, la tercera, que sostuvo Kelsen con gran influencia en Europa continental.²⁶⁵

Al margen de la importancia que comporta un debate sobre el iuspositivismo contemporáneo, para no abandonar nuestro objetivo, en la presente investigación adoptaremos, sin más complicaciones, la concepción de Bobbio, para dicho autor el positivismo jurídico representa una corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, por lo que no existe otro derecho que el positivo.²⁶⁶

Se puede incluir a dicha concepción, la idea formulada por Hoerster referente a que el positivismo jurídico actual sostiene, entre otras, la tesis de la neutralidad, esto es, que el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido.²⁶⁷

Una vez precisada la idea de positivismo jurídico que se utilizará en este trabajo, se está en posibilidad de indicar las características más representativas

²⁶⁵ Cfr. Bix, Brian H, *Diccionario de teoría jurídica.*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 198-200. Para un análisis convergente con las tendencias jurídicas actuales, puede resultar provechoso el estudio comparativo entre el positivismo y el constitucionalismo efectuado por Prieto, véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, segunda reimpresión, México, Fontamara, 2005.

²⁶⁶ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, novena reimpresión., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2009, p. 74.

²⁶⁷ Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico.*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, p.11. Dicho autor, señala que detrás del concepto genérico de positivismo jurídico se esconden cinco tesis diferentes, a saber, la tesis de la ley, la tesis de la neutralidad, la tesis de la subsunción, la tesis de la subjetividad y la tesis del legalismo. De todas ellas, señala Hoerster, sólo la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo son las únicas sostenidas por los iuspositivistas contemporáneos, véase Hoerster, Norbert, *op. cit.*, p. 11.

de la fundamentación iuspositivista de los derechos humanos, las cuales se resumen a continuación:

- Los derechos humanos, con total independencia de su contenido material, se otorgan en las normas jurídicas (Constituciones), antes de ello, no existen tales derechos, así se afirma que las normas del derecho positivo les brindan su existencia y además sus efectos jurídicos concretos.
- Los derechos humanos suponen una naturaleza formalista y limitativa, ya que son sólo las normas jurídicas las que les fijan su alcance concreto.
- Este tipo de fundamentación identifica a los derechos humanos con los derechos constitucionales, esto es, los que ha otorgado el Estado en una Constitución.

Desde nuestro punto de vista, este tipo de fundamentación iuspositivista era asumida en la Constitución de nuestro país, antes de la reforma en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Lo anterior, ya que dicha norma jurídica establecía que los individuos gozarían de las garantías que se *otorgan* en la misma, criterio que ha sido abandonado desde la publicación que se comenta.

Como reflexión final sobre este tipo de justificación de los derechos humanos, se plantea que la misma tiene el grave problema de no reconocer otros escenarios posibles en el mundo de la diversidad cultural e ideológica, por ejemplo, la idea de los derechos humanos no fundamentales, los cuales sí se conciben en el plano ético y social, con independencia de lo que señale o no una norma jurídica.

De esta manera, se afirma que el derecho positivo es una parte esencial y necesaria para los seres humanos, pero no lo es todo, tiene como cualquier otro fenómeno cultural sus limitaciones, que pueden ser asumidas como fortalezas en un esquema maximalista, como el que hemos adoptado a lo largo de todo este trabajo.

Decir que los derechos humanos surgen por simples concesiones autónomas del Poder Constituyente que los otorga, es apreciar el fenómeno

social y cultural de manera incompleta, el mismo requiere de un análisis abierto a los elementos, criterios, posturas e ideas alternas (subyacentes), ello si realmente queremos aproximarnos a la naturaleza de los seres humanos, cambiante, relativa, histórica y universal en cierta época. Así, se opina que una visión de justificación iuspositivista de los derechos humanos no representa dicha realidad o, mejor, realidades, como lo hemos corroborado en líneas precedentes.

Otra reflexión que nos surge, se identifica con la naturaleza simplista y poco comprometida que encierra la fundamentación iuspositivista, ya que la misma no aporta mucho al debate actual respecto a la complejidad en la ubicación de la justificación de los derechos humanos.

En este sentido, asumir que los derechos humanos tienen su origen y esencia en las normas jurídicas es decir poco o casi nada, implica, además, conformarse con una visión simplista de la realidad, todavía más, es una postura que no se compromete con los grandes problemas en torno a la justificación de los derechos humanos.

En efecto, la justificación positivista de los derechos humanos desatiende interrogantes esenciales en el debate, como las que se cuestionan sobre el papel que cumple la dignidad humana, o las que reflexionan sobre el concepto de valor y su rol en los derechos humanos, por mencionar sólo algunas de las vertidas por diversos autores comprometidos con la cuestión.

Por otro lado, la fundamentación positivista pone de manifiesto que la connotación “derechos” está reservada al derecho positivo, a las normas jurídicas, al margen de ellas no es posible hablar de derechos humanos, sino de cualquier otra cosa, por ejemplo, de demandas, deseos, exigencias o ideales morales.

Sobre esto, se identifican dos cuestiones, la primera, que existe cierta razón en dicha consideración, ya que la noción “derechos” tienen una naturaleza manifiestamente jurídica, sin embargo, es posible ubicar la irrelevancia de tal aseveración, pues ya se trate de derechos humanos, ideales morales, exigencias éticas, principios, valores, derechos morales o cualquier otra idea,

su importancia radica en que el ejercicio de los mismos permiten la configuración de una forma de vida digna y satisfactoria; la segunda, ampliamente conectada con la anterior cuestión, reconoce que la expresión derechos humanos, en el lenguaje jurídico, tiene una mejor representación en torno a los efectos que se generan en el ámbito práctico, a saber, en la efectividad de los derechos humanos, ello, sin considerar la situación de que existen derechos humanos incorporados en instrumentos jurídicos sin eficacia material, pongamos por caso, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Con base en todo lo señalado sobre la fundamentación iuspositivista de los derechos humanos, se concluye que no se comparte dicha postura, aunque se observa necesaria en el contexto de la efectividad plena de tales derechos, los que si no fueran reconocidos en las normas jurídicas, no contarían con un esquema real de garantías para su protección, esto es, serían, bajo los postulados del derecho positivo, sólo exigencias éticas o ideales morales sin plena efectividad en el ámbito práctico-jurídico. Aquí la importancia actual del reconocimiento de los derechos humanos en terreno jurídico.

6.- Fundamentación filosófica

Como advertencia inicial, se establece que la justificación filosófica de los derechos humanos bien podría aplicarse a varios de los esquemas fundacionales que hemos analizado, en especial, a la fundamentación ética, como lo veremos en este apartado; dado que, desde una concepción filosófica de los derechos humanos nos haríamos cuestionamientos fundamentales en torno a lo que son los derechos, la dignidad humana y los valores subyacentes, es decir, buscaríamos los principios más generales que dirigen el conocimiento de esas realidades, lo cual también se efectúa desde otras posturas de justificación.

Al margen de ello, nos parece esencial presentar con el énfasis requerido, la vertiente, si se quiere genérica, de la justificación filosófica de los derechos

humanos, misma que ha tenido un resurgimiento²⁶⁸ en el debate contemporáneo como consecuencia de la publicación de varios trabajos en el contexto americano, de los cuales analizaremos el que consideramos más completo y creativo, publicado en Colombia por el autor Carlos Eduardo Maldonado.

Para comenzar, se expone la premisa esencial de la justificación filosófica de los derechos humanos, la misma señala que el problema de los derechos humanos no es simplemente un problema político, militar o ético, a saber, la fundamentación de los derechos humanos es particularmente un problema filosófico, por lo que al ser una cuestión filosófica, inversamente es un problema que incumbe a diversas esferas como son la militar, política, económica, social, entre otras más.²⁶⁹

En otro sentido, pensar en derechos humanos exige una reflexión de naturaleza eminentemente filosófica, en otros términos, razonar sobre derechos humanos implica hacer filosofía y no simplemente derecho, política, economía, sociología o cualquier otra ciencia.²⁷⁰ Aquí lo complejo de esta vertiente de justificación, ya que como se sabe, en el contexto de la filosofía están las interrogantes más profundas y fundamentales en torno al conocimiento y al sentido mismo de la vida humana.²⁷¹

Conforme a estas preliminares ideas, queda enunciado que el problema de los derechos humanos es el de la vida, entender qué es la vida, dado que a

²⁶⁸ Se considera que es un resurgimiento porque el tema sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos no es reciente, así, existen autores como Charles Taylor, A. Diemer, Markovic, Hersch y Zakaria que desde hace tiempo abordaron la cuestión, véase Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985.

²⁶⁹ Maldonado, Carlos Eduardo, *Hacia una fundamentación filosófica de los derechos humanos*, tercera edición, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010, p. 27.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ Sobre esto, cabe recordar que la filosofía estudia los conceptos más generales, como el ser, devenir, conocimiento y la norma, así como las hipótesis más generales, como la existencia autónoma y la cognoscibilidad del mundo externo, *Cfr.* Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, cuarta edición., trad. de María Dolores González Rodríguez, México, Siglo XXI editores, 2007, p. 83.

partir de esta comprensión se sigue, de forma necesaria, el respeto, defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos, de la misma manera, la denuncia de las violaciones a tales derechos.²⁷² Dichas consideraciones son compatibles con las obligaciones que tienen todas las autoridades del Estado mexicano en materia de derechos humanos, las cuales fueron incorporadas expresamente con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

El problema referido puede resumirse en los siguientes términos: se busca determinar qué es la existencia humana o entender qué es la persona, así como en qué consiste su dignidad humana y su calidad de vida. Todos ellos, son, pues, términos equivalentes, su uso no altera el problema planteado. Como se observa, interrogarse sobre qué es la vida y cómo se hace posible, qué es la existencia humana y en qué consiste la dignidad es ubicarse ya dentro del contexto de la filosofía,²⁷³ pues se trata de preguntas profundas y fundamentales relacionadas con los derechos humanos.

De esta forma, el problema de los derechos humanos, específico y auténtico, es el problema de la vida misma, que la teoría de los derechos humanos necesita resolver y clarificar, con el objetivo de hacer efectivos, aplicables y defendibles los derechos en una época y lugar concreto.²⁷⁴

Pero profundicemos más, en el ámbito de esta vertiente de justificación no se busca únicamente comprender la vida humana, sino más bien entenderla como fundamento de todo, es decir, como principio supremo y absoluto de todo lo existente. Así, a los derechos humanos le interesa la vida en tanto que la misma hace posible todo lo demás, asumir esta postura significa comprender el problema de la fundamentación de los derechos humanos y por qué implica un aspecto filosófico.²⁷⁵

²⁷² Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 29.

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 31.

Ahora bien, cabe resaltar que el método de aproximación a la justificación filosófica busca superar las concepciones iusnaturalistas y positivistas, así como cualquier otra semejante que busque explicar la fundamentación de los derechos humanos. La justificación filosófica pretende, además, ser neutral, ya que debe cuidar el no partir de prejuicios o ideas preconcebidas, que no llevan a ningún lado, derivado de su naturaleza cerrada. En su lugar, debe partir de un percepción del estado de las cosas, esto es, del problema mismo.²⁷⁶

En otras palabras, la vertiente filosófica de justificación de los derechos humanos no busca ampararse en una concepción cualquiera, para analizar el sentido y efectividad de los derechos, sino por el contrario, se ocupa de un problema más serio, a saber: ¿qué son y cómo se fundamentan los derechos humanos?²⁷⁷

Para abordar de forma auténtica el problema planteado, se señala que hay que recurrir a la ética (aquí un punto de encuentro entre esta visión y la fundamentación ética o axiológica), todavía más, se debe asumir que el origen de los derechos humanos se encuentra en el umbral de las noticias, en el lenguaje humano, en los comportamientos de las personas en situaciones concretas y en las vivencias cotidianas. Mediante la consideración de dicho "estado de las cosas" en la existencia de las personas y los grupos sociales es dable afirmar una teoría específica. En concreto, se tiene que iniciar por describir lo que se observa, en lugar de limitar las percepciones a esquemas previamente establecidos.²⁷⁸

En este sentido, la ética y la ontología son dos plataformas por medio de las cuales se puede abordar el problema de los derechos humanos, de seguir otro

²⁷⁶ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 30. Sobre este punto, se señala que ya existen modelos que ayudan a eliminar ideas preconcebidas en torno a un objeto de estudio. Uno de ellos es el modelo de análisis cultural del derecho asumido por Kahn, para dicho autor el acto de la imaginación da lugar a la distancia que hace posible el estudio crítico de las propias creencias, lo cual se logra mediante la suspensión temporal de las mismas, véase Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 11 y 12.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

²⁷⁸ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 31.

sendero, se corre el riesgo de caer en una ideología ausente de contenido. De esta manera, se busca dotar de racionalidad, coherencia y solidez a los derechos humanos, con el propósito de evitar que se conviertan en un discurso notablemente ideológico o de simples puntos de vista u opiniones.²⁷⁹

En suma, la finalidad de esta vertiente filosófica es convertir a los derechos humanos en un discurso racional y razonable, esto es, necesario, se trata, en otras palabras, de efectuar un esfuerzo por encontrar una lógica de carácter universal de los derechos humanos.²⁸⁰

Pero, ¿cuál es la racionalización de los derechos humanos? la misma debe distinguirse de un trabajo de justificación, ya que el modo como se cumple el proceso de racionalización de los derechos humanos es mediante la observación con una postura crítica del sustento de la sociedad o civilización. De esta forma, la racionalización implica la calificación de todas las condiciones que pueden hacer digna la vida humana, otorgándole, consecutivamente, una mejor calidad.²⁸¹

Adicionalmente, se establece que el proceso de racionalización de los derechos humanos es un proceso de sensibilización sobre los mismos (que tanto hace falta en el ámbito nacional), en efecto, se afirma que ante mayor comprensión de los problemas de los derechos humanos, tanto mayor será la sensibilización que nos oriente a la búsqueda de soluciones, asimismo, a una actitud de compromiso real con los derechos, así como a una postura crítica sobre las violaciones a los mismos.²⁸²

En resumen, la racionalización de los derechos humanos implica una sensibilización con las personas, al margen de los prejuicios o preconceptos, por lo que constituye una vía para la defensa y protección de la vida humana.

²⁷⁹ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 32.

²⁸⁰ *Idem*. Por otro parte, respecto a las distinciones entre racionalidad y razonabilidad véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁸¹ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 91.

²⁸² *Ibidem*, p. 92

La cual no debe asumirse como un concepto abstracto, sino mas bien como un concepto real, es decir, como la vida que es de todos con independencia de las diferencias existentes entre los seres humanos.²⁸³

Por ello, el camino más apropiado para conseguir dicha racionalización es tomar como punto de partida los conflictos de los seres humanos, son los problemas los que nos demandan y exigen procesos de comunicación, de análisis, de intercambio de experiencias, de posibles soluciones, a saber, de racionalización.²⁸⁴

A modo de conclusiones generales, en torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos, se señalan las siguientes:

- El sitio de los derechos humanos es la ética, aunque ellos no representan, en sentido estricto, una ética particular, de esta manera, la ética de los derechos humanos debe asumirse en sentido amplio.²⁸⁵
- Para la filosofía de los derechos humanos no existe, en efecto, ninguna norma que deba asumirse como válida y necesaria *a priori*, así, el cuestionamiento sobre la validez y racionalidad de las normas se fundamenta en lo que es absoluto, esto es, la vida humana.²⁸⁶
- Si la ética se interesa del valor y la racionalidad de los actos humanos, los derechos humanos se centran en el valor del conjunto de los actos humanos y su racionalidad.²⁸⁷
- Se vive un escenario de muchas normas jurídicas (sobre derechos humanos o no) pero de poco o escaso respeto por los derechos humanos, a pesar de que los mismos tiene una finalidad universal y fundamental, a saber, el reconocimiento de la unidad de la vida humana en la misma diferencia, así como de la unidad del valor de la vida humana en la multiplicidad de

²⁸³ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 93.

²⁸⁴ *Idem.*

²⁸⁵ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 153.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 154.

²⁸⁷ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 154.

opiniones, religiones, experiencias y acciones, que representan la propia realidad pluricultural en nuestro tiempo.²⁸⁸

Como reflexión final sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos, se señala que la misma es de naturaleza transversal, ya que potencia a las demás formas de justificación, ello es así, porque indaga sobre preguntas vitales, de alcance general, en torno al fundamento de los derechos humanos, el cual se identifica con la existencia humana: la vida misma, entendida como un concepto amplio y complejo.

Por otro lado, se resalta el carácter práctico de la justificación filosófica, la cual no sólo se contenta con analizar todo el "estado de cosas" que incumben a los derechos humanos (i.e: ética, ontología, derecho, política, sociología, experiencias personales, ideales, por mencionar algunas) sino que, además, incorpora un elemento de racionalización al discurso de los derechos, mismo que tiene una naturaleza cultural-pragmática, referida a la sensibilización de todas las personas sobre la relevancia de los derechos humanos y la crítica y defensa que debe mostrarse ante cualquier afectación de los mismos.

Todavía más, bajo esta vertiente, se discute el gran problema que abrumba a la sociedad actual sobre la ineficacia de los derechos humanos o, mejor, respeto mínimo que muchos muestran hacia los mismos. Se conoce que a pesar de que contemos con una estructura jurídica sofisticada sobre su protección, los mismos son vulnerados por el Estado y los particulares, así, el modelo de justificación filosófica apuesta por una transformación cultural en la forma de concebir y asumir los derechos humanos.

²⁸⁸ Maldonado, Carlos Eduardo, *op. cit.*, pp. 154 y 156. Sobre este punto, cabe indicar que el surgimiento desmedido de normas jurídicas ha sido calificado como un fenómeno de hipernomía que implica el crecimiento salvaje de normas, sanciones e instituciones, véase González Ordovás, María José, *Ineficacia, anomía y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 72. En otro sentido, se ha hablado de la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicidad de leyes sectoriales y temporales, véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

Para ello, recurre a un proceso de sensibilización de la vida y dignidad humana, sería, parafraseando a Dworkin, tomarse en serio la vida misma,²⁸⁹ aquí el mayor acierto de dicha postura, la cual se comparte, pues se considera que no es posible participar en el debate académico y práctico de los derechos humanos, sin comprometernos con la unidad de la vida dentro de la alteridad manifiesta y necesaria de la naturaleza humana, un compromiso tal, nos conducirá necesariamente al respeto de los derechos humanos del otro.

Por todas las anteriores consideraciones, se asume que el futuro de los derechos humanos es más sensato bajo la concepción pragmática y filosófica de los mismos. Volveremos sobre esto en otro lugar de la investigación.

Para finalizar todo este apartado, en el cual se expusieron las distintas versiones de la justificación de los derechos humanos (antropológica, iusnaturalista, historicista, ética, iuspositivista y filosófica), se presentará ahora un postura propia sobre dicho fundamento, antes de ello, se efectuarán algunas reflexiones en torno a las mismas, en los siguientes términos:

- Cada una de las corrientes de pensamiento tienen puntos positivos y negativos, ninguna es, en esencia, perfecta y completa, por ello, se les debe analizar a través de un método ecléctico, a fin de no descalificarlas, sino más bien unificarlas, obviamente, cuando esto sea posible.
- Varias de las teorías de justificación analizadas comparten elementos comunes, los cuales deben reconfigurarse, con el objeto de aplicarlos en su máxima potencia, por ejemplo, la idea de una forma de vida digna y satisfactoria en las versiones antropológicas, éticas y filosóficas debe asumirse en el contexto actual.
- Los diversos tipos de fundamentación de los derechos humanos expuestos, deben entenderse en su dimensión histórica, es decir, en su historicidad, ya que los mismos surgieron en cierto tiempo y lugar, por lo que no es adecuado intentar adoptarlos, sin más, en el momento y escenario actual, se requiere de un análisis retrospectivo que tenga una conexión con nuestro

²⁸⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

presente y futuro. Sobre esto, en nuestro país se ha observado que se ha generalizado, al menos en el ámbito jurídico, una cultura de replicar modelos extranjeros, sin estar precedidos de un análisis profundo en torno a su efectiva aplicabilidad y conveniencia, por lo que en muchos casos, los mismos resultan innecesarios o notoriamente incompatibles con la cultura jurídica nacional.

Un vez planteadas dichas reflexiones generales sobre las justificaciones de los derechos humanos, se está en posibilidad de presentar una fundamentación propia de los mismos, la cual hemos denominado "realista", la misma parte de la premisa central de que la vida humana digna es el fundamento de todos los derechos humanos.

La fundamentación realista de los derechos engloba los mejores postulados de cada una de las justificaciones que se plantearon y, en algunos casos, los reconstruye, esto es, opera bajo el método ecléctico, analicemos por qué:

- De la visión antropológica, adopta la idea de considerar las necesidades humanas como un elemento indispensable para materializar una forma de vida digna.
- De la percepción iusnaturalista, retoma el postulado de la existencia de derechos naturales anteriores y superiores al derecho positivo, pero lo dirige a la noción de dignidad humana, la que se asume como autónoma e informadora de todo el derecho positivo.
- De la corriente historicista, comparte el postulado de que los derechos humanos son históricos, en alguna forma, relativos y cambiantes, (con excepción del derecho a la vida), ya que a lo largo del devenir de la humanidad se han ido transformando positivamente (principio de progresividad), lo que hoy es considerado un derecho humano no lo era cuando se promulgó, por ejemplo, la Constitución de nuestro país en 1917.
- De la fundamentación ética, adopta principalmente dos postulados, decisivos en su esencia, por un lado, la idea de que el sustento de los derechos humanos se encuentra en la dignidad, por el otro, la necesidad de someter

los valores y exigencias morales a un test de razonabilidad, que le brinde una naturaleza crítica a la moral y un enfoque argumentativo.

- De la óptica iuspositivista, retoma la necesidad de contar con un reconocimiento de los derechos humanos en las normas jurídicas, a fin de dotarlos de garantías de protección efectivas.
- De la fundamentación filosófica, adopta el pensamiento que considera a la vida humana como el sustento de todos los derechos humanos, además, la idea de que es indispensable un proceso de sensibilización sobre los mismos, en concreto, de respeto incuestionable a la vida humana, por consiguiente, a todos los derechos humanos.

En suma, se concluye que la fundamentación “realista” de los derechos humanos se tiene en la propia vida humana digna, en el entendido de que la noción de dignidad debe someterse a un escrutinio de razonabilidad, para lograr su corrección y universalidad en nuestra época, dicha dignidad es informadora de todo sistema jurídico, el cual, además, contribuye a su eficacia plena mediante el reconocimiento de los derechos humanos en normas jurídicas, los que se asumen como derechos históricos (con pretensión de progresividad).

Todo lo anterior, en el contexto de un proceso de sensibilización de las personas en torno a la relevancia del respeto de todas las formas de vida humana digna, esto es, de calidad, pues ¿no acaso la vida es el principio máximo de todo lo que somos *per se* y para los otros? por esta simple razón, que luego se olvida, la fundamentación de los derechos humanos que se ha planteado es de corte “realista”, a saber, de nuestra existencia digna pero finita.

Ahora bien, con la finalidad de obtener una radiografía más completa del tema (no sólo desde el enfoque occidental), a continuación se hará una breve alusión a la fundamentación filosófica de los derechos humanos desde una perspectiva árabe e hindú.

Comencemos pues con la perspectiva árabe, en la cual, el concepto de derechos humanos está particularmente vinculado con el islam, lo que significa

que el fundamento de los derechos, en el mundo árabe, es religioso. Así, se afirma que los derechos humanos son sagrados, antiguos y derivados de una fuente distinta a la experiencia humana.²⁹⁰

Son sagrados porque los derechos humanos se derivan, esencialmente, de la relación entre una persona y Dios, en lugar de derivarse de la relación entre personas. Cabe mencionar, que el islam respeta la dignidad humana, de conformidad con la posición del hombre como representante elegido por Dios. Dicha dignidad es absoluta, por lo que no está condicionada por la raza o la posición social. Por otro lado, los derechos humanos son garantizados con las sanciones de la religión, lo que implica que la violación de los mismos se castigará en otro mundo.²⁹¹

Los derechos humanos son antiguos, porque se presupone que el reconocimiento de los mismos se realizó en la revelación profética y en el periodo subsecuente. Finalmente, se señala que los derechos no son empíricos, históricos, ni mucho menos se encuentran en un proceso de desarrollo y evolución, así, no dependen de una práctica progresiva, más bien buscan replicar un ideal teórico y espiritual.²⁹²

En resumen, se concluye que la justificación de los derechos humanos en el mundo árabe, se encuentra en la religión islámica, en la palabra de Dios, esto es, en el mismo Corán. Lo que pone de manifiesto una aguda separación entre el mundo de lo ideal y el mundo de lo real, de ahí la excesiva debilidad de los fundamentos sobre los que descansan los derechos humanos, en esa región del mundo.²⁹³

²⁹⁰ Cfr. Zakaria, Fouad, "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el mundo árabe", en Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985, pp. 251-268. (pp. 251, 252 y 253).

²⁹¹ *Ibidem*. pp. 254, 255 y 256.

²⁹² Zakaria, Fouad, *op. cit.*, pp. 256, 259 y 263.

²⁹³ *Ibidem*, p. 264.

Por otro lado, se tiene a la perspectiva hindú, la cual resulta muy interesante en comparación con el modelo occidental de fundamentación de los derechos humanos, veamos entonces los principales postulados del modelo hindú.

Para empezar, se indica que en el sánscrito clásico no se tiene una palabra que represente a los “derechos” de la manera en que actualmente identificamos dicha expresión. De esta forma, en todos los contextos hindúes la idea de exigencia justa, se manifiesta por medio de la palabra *adhikara*, la cual no se emplea de forma independiente, sino en el seno de la realización de un acto. Así, decir que una persona posee *adhikara* implica, casi siempre, que la misma ha efectuado un *dharma*, esto es, una obligación. En concreto, la palabra *adhikara* se utiliza para identificar lo que conocemos hoy en día como derechos.²⁹⁴

La idea de *adhikara*, que es el equivalente hindú más cercano a los derechos, se sustenta en dos principios, por un lado, el que señala que todo derecho es adquirido, esto es, no se trata de algo connatural a los seres humanos, por el otro, el que indica que la adquisición de cualquier derecho es la consecuencia de una acción propia o de un status. En otros términos, en el contexto hindú, los derechos se ganan y las acciones realizadas para obtenerlos confieren determinados privilegios a los sujetos que emprenden dichas acciones. El argumento que apoya tal tesis, es un principio general hindú identificado con la Ley de Karma, bajo la cual una persona adquiere aquello por lo que se ha esforzado, de este forma, si los derechos no se ganan por el trabajo, son concesiones gratuitas, que los convierte en derechos amorales.²⁹⁵

En suma, los derechos no se vinculan con la condición o *status* de ser humano, sino con la voluntad de adquirirlos, misma que representa una manifestación relevante de su racionalidad. Aún más, se afirma que los

²⁹⁴ Pandeya, R.C, “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindú”, en Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985, pp. 295-307. (p. 295).

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 295 y 296.

derechos humanos están conectados con la racionalidad, pero como existen muchos tipos de racionalidad, se obtiene que hay varios tipos de derechos y no un conglomerado de derechos humanos universales para todos.²⁹⁶ Sobre este punto volveremos cuando se analicen las características de los derechos humanos.

Con base en dichos postulados, se podría señalar que cuando se le diga a un hindú que puede ejercer todos los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud de su calidad de ser humano, su reacción sería en tono de risa ante tal pronunciamiento. Ello, porque culturalmente está condicionado a identificar los derechos humanos con determinadas obligaciones, así al mostrarle una lista de derechos humanos nos pedirá, correlativamente, una lista de obligaciones necesarias para generar y ejercer dichos derechos. En su concepción, se necesitaría un tipo de declaración universal de las obligaciones humanas, en ausencia de la misma, la Declaración Universal de Derechos Humanos no tiene sentido.²⁹⁷

Como se aprecia, en la tradición hindú, el fundamento de los derechos humanos está en los deberes humanos, los primeros siempre se derivan de los segundos y no al revés, esto es, existe una precedencia de los deberes frente a los derechos. De esta forma, para asegurar la libertad, la justicia y la paz de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, se necesita un código de conductas, una carta de acciones específicas, lo cual en la visión hindú es más importante que el mismo reconocimiento de los derechos humanos.²⁹⁸

Por ello, en la historia hindú no existe una palabra para designar a los derechos humanos, en la forma en que los identificamos desde la perspectiva occidental, para reafirmar esta tradición de la India, se tiene al pensador Mahatma Ghandi, para el cual la verdad (bien mayor) ocupaba el lugar de Dios y consistía en la realización de los deberes, todavía más, para Ghandi nuestra

²⁹⁶ Pandeya, R.C, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 299.

²⁹⁸ Pandeya, R.C, *op. cit.*, pp. 299 y 300.

obligación es eliminar todas las barreras que encontremos en el recorrido de una ejecución honesta de los deberes. Ello, exhibe la preferencia que dicho autor tenía por los deberes sobre el derecho, en particular, los derechos humanos.²⁹⁹

La interrogante que ahora podríamos hacernos es ¿existe un sustento de la tradición hindú en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos? para algunos autores hindúes sí existe. En particular, afirman que en la Declaración se entiende que los derechos sólo pueden mantenerse si se llevan a cabo ciertas obligaciones correlativas, lo anterior, de acuerdo con el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mismo que precisa que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Así, en los ojos de un hindú, dicho principio es la guía de toda la Declaración y todos sus preceptos deberían subordinarse al mismo.³⁰⁰

Hasta aquí con lo dicho sobre la fundamentación de los derechos humanos desde el mundo hindú, la cual nos ha sido útil para comprender otra forma de justificación de los derechos, misma que como se ha podido observar tiene ciertos puntos compatibles con la tradición occidental, como el entender a los

²⁹⁹ Pandeya, R.C, *op. cit.*, pp. 302 y 303.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 303. En este sentido, se señala, por ejemplo, que como miembros de la sociedad tenemos derecho al trabajo, pero se gozará de este derecho siempre que cumplamos con nuestro deber, dentro de los parámetros establecidos por la sociedad. Se faltaría al derecho al trabajo cuando se desobedezca la obligación prescrita, incluso cuando se esté trabajando, véase Pandeya, R.C, *op. cit.*, p. 304.

derechos humanos en el contexto de las obligaciones,³⁰¹ lo que, en cierto sentido, es adecuado, aunque en nuestra opinión no constituye el sustento principal de los derechos humanos.

IV.- Dimensiones de los derechos humanos

Para comenzar, se advierte que no somos partidarios de la idea de clasificar a los derechos humanos en diversas generaciones³⁰² (primera, segunda, tercera, entre otras más), a pesar de ser una postura ampliamente difundida en la literatura especializada,³⁰³ ello, principalmente, por cuatro razones, aunque pudieran existir más, las cuales describimos a continuación:

- Todos los derechos humanos son dimensiones o derivan de un sólo derecho, a saber, el derecho humano a una vida digna o, si se quiere ser más extenso, se podría afirmar que todos los derechos humanos derivan de los

³⁰¹ Las relaciones entre los derechos y las obligaciones han sido ampliamente analizadas por diversos autores, por ejemplo, Carlos Santiago Nino, al hablar del *status* normativo de los derechos morales, presenta al derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros, véase Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, pp. 25-28. En el mismo sentido, otros autores han manifestado la relación entre los derechos humanos y las obligaciones, misma que se puede derivar del propio artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En particular, entienden que cada derecho implica también un deber, así, la libertad de prensa conlleva el deber de expresar la verdad e informar verazmente; los derechos políticos implican el deber de participación ciudadana y política responsable; el derecho a la vida y a la integridad personal comportan el deber de respetar la vida y la integridad de los otros, véase Fernández, Eusebio, *op. cit.*, p. 79.

³⁰² Se ha afirmado que el primer autor que propuso e introdujo la idea de tres generaciones en los derechos humanos fue Karel Vasak, sobre este punto véase Ferrer Ortega, Luis Gabriel, *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 233. En el mismo sentido, véase Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos XXII Conferencias Aranguren Human Rights Today: Prospects and Challenges XXII Aranguren Lectures", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 51, julio-diciembre de 2014, pp. 465-544, (pp. 470-471). Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/870/872>, página consultada el 10 de julio de 2017.

³⁰³ Sobre esto, algunos autores hablan de las ventajas de las expresiones que aluden a las generaciones de derechos, por ejemplo, que posibilitan un acercamiento a su origen más neutral de lo que hacen el resto de las expresiones que puedan utilizarse. Cfr. Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 97.

derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, así no necesitamos hablar de nuevos derechos todos se contienen en aquéllos.³⁰⁴

- Acorde con la anterior razón, cabe decir que los derechos humanos tienen o deben tener una vocación de universalidad, por lo que es inapropiado pensar en nuevos derechos (más bien se trata de dimensiones de algún derecho), por ejemplo, del derecho humano a la vida se tienen diversas dimensiones (no generaciones), a saber, los derechos humanos al agua potable, a las técnicas de reproducción asistida y a la protección del medio ambiente, por mencionar sólo algunos.³⁰⁵
- Los derechos humanos son núcleos mínimos o, mejor, tienen una conceptualización de mínimos, a fin de cubrir todas las realidades y exigencias posibles, de ahí su vocación de universalidad. Por ello, no se requiere hablar de derechos de “tercera”, “cuarta”, “quinta” o en la generación en que se encuentren los teóricos (no se sabe hasta donde van a llegar), todos los derechos son consustanciales del derecho humano a la vida y de otros más como se ha indicado, se trata, se insiste, de un esquema de mínimos, así, no se requería del reconocimiento del derecho humano de acceso al agua en México, toda vez que ya teníamos reconocido el derecho a la vida en instrumentos nacionales e internacionales.³⁰⁶
- No se tiene certeza de cuando exactamente comienza y termina cada generación de los derechos humanos y cuáles derechos quedan incluidos en las mismas, los criterios han sido planeados con cierta arbitrariedad, al menos, por lo que respecta a la tercera y subsecuentes generaciones.

³⁰⁴ Somos deudores en este punto de las ideas esbozadas por la profesora española María Elena Rebato Peño, en su discurso pronunciado el 9 de noviembre de 2015 en el Centro Nacional de Derechos Humanos de México.

³⁰⁵ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados expuestos por María Elena Rebato Peño, en su discurso pronunciado el 9 de noviembre de 2015 en el Centro Nacional de Derechos Humanos de México.

³⁰⁶ Somos deudores en este punto de las ideas presentadas por María Elena Rebato Peño, en su discurso pronunciado el 9 de noviembre de 2015 en el Centro Nacional de Derechos Humanos de México. De hecho, para dicha autora el sustento de todos los derechos humanos es el derecho a una vida digna, con lo cual estamos totalmente de acuerdo, como lo hemos sostenido en esta investigación.

Por todo ello, se considera que es inadecuado hablar de generaciones de los derechos humanos, en vez de ello, se les debe ubicar como dimensiones de los derechos humanos que derivan del mismo derecho a la vida digna.

El cambio de la connotación “generaciones” a “dimensiones” no es superficial es, por el contrario, sustancial, implica una modificación radical en la comprensión de los derechos humanos.

Con el rótulo “generaciones de los derechos humanos” se quiere significar que con el transcurso del tiempo van naciendo o surgiendo nuevos derechos autónomos e independientes de sus predecesores y que en el futuro, irremediablemente, se extinguirán para dar paso a otra generación (como acontece con las generaciones entre las personas), así, con la expresión generación, se habla de una especie o género nuevo de derechos humanos, la cual reclama su reconocimiento jurídico.

Por su parte, con la expresión “dimensiones de los derechos humanos”, se alude a que los derechos humanos no van naciendo o surgiendo con el transcurso del tiempo, más bien se trata de derivaciones de los derechos humanos existentes (reconocidos o no por el derecho positivo), por lo que los mismos no se pueden vincular de forma generacional, sino de manera dimensional. Se trata de derechos humanos que también reclaman su reconocimiento jurídico, pero no como nuevos derechos humanos, sino más bien como dimensiones de los derechos humanos, de ahí que los mismos sean interdependientes, pues derivan de la misma fuente, además, de que no se extinguirán con el paso del tiempo, pues son consustanciales al derecho humano a la vida.

En este sentido, el carácter dimensional se orienta de conformidad con las realidades de cada época y las necesidades de protección, así, se reitera, no se trata de nuevos derechos humanos, es decir, derechos generacionales (como sí lo es el propio ser humano un ente generacional), por el contrario, nos encontramos frente a derechos consustanciales. Para terminar, se piensa que una comprensión bajo estos parámetros contribuiría a un mejor ejercicio y defensa de los mismos antes posibles vulneraciones.

Ahora bien, con independencia de la posición que hemos asumido en relación con la idea de generaciones de los derechos humanos, se reconoce el rol que la misma han jugado en el ámbito de la docencia e investigación, ya que mediante su utilización, se ha permitido analizar y evaluar de mejor forma la evolución que han tenido los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Con todo, para fines de nuestra investigación, se utilizarán sólo tres dimensiones, que derivan del derecho humano a la vida digna, el cual se instituye como el sustento de todos los derechos humanos, asimismo, se hará una lectura general y reflexiva de otras dimensiones, veamos pues cada una de ellas.

1.- Primera dimensión de los derechos humanos

Es innegable que una vez que los seres humanos fueron construyendo su forma de vida como mejor creían conveniente, se dieron cuenta que necesitaban derivar diversos derechos humanos, derechos consustanciales, para lograr mejorar su posición en la sociedad con respecto a los gobernantes, en concreto, para detener abusos y violaciones a su dignidad por parte de las monarquías absolutas del siglo XVIII, de ahí que se pueda identificar como punto de inflexión en torno a los sistemas de gobierno de dicho siglo, la rebelión social, política y jurídica en contra de los monarcas, que se materializó con la revolución francesa de 1789.³⁰⁷

³⁰⁷ La mayoría de los autores sustentan el criterio de que la primera generación de los derechos humanos, para nosotros, la primera dimensión del derecho humano a la vida, se tiene en la revolución francesa, sin embargo, no se desconoce la circunstancia de que en el siglo XIII se comienzan a dar reivindicaciones de los derechos y rebeliones contra las monarquías. Este movimiento por las libertades apareció en Inglaterra (después tuvo repercusiones en Estados Unidos de América y Francia), donde se encuentra uno de los documentos más remotos en la historia de los derechos humanos, a saber, la Carta Magna de 1215, con todo, debe recordarse que la misma no contaba con los elementos necesarios para ser considerada una Constitución, ya que se trataba de un documento elaborado por los señores feudales y reconocidos por el soberano Juan sin Tierra. *Cfr.* Solís García, Bertha, "Evolución de los derechos humanos", en Moreno-Bonett, Margarita y Álvarez de Lara, Rosa María (coords.), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Tomo I, México, Facultad de Filosofía y Letras e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 77-99 (pp. 84 y 85).

En este época de la historia, se ubican las demandas por el reconocimiento de diversas dimensiones del derecho humano a la vida, de la propia existencia, a fin de que la misma pudiera llevarse conforme a los parámetros pos-revolucionarios, de cara a los propios valores que habían enmarcado la revolución francesa, a saber, libertad, igualdad y fraternidad.

Bajo este escenario, las personas empiezan a tomar conciencia de sus necesidades y de su posición en relación con el poder público, así como de que para acceder a las ideas liberales tenían que ejercer ciertas dimensiones del derecho a la vida. En ese contexto, las colonias inglesas se independizan de Inglaterra en 1776, se adopta la Constitución de los Estados Unidos de América en 1787 y surge de la revolución francesa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.³⁰⁸

Se afirma entonces que la primera dimensión de los derechos humanos, se manifiesta en este periodo, con la Constitución de los Estados Unidos de América y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tales derechos humanos se identificaron con los derechos individuales, esto es, con los derechos civiles y políticos.³⁰⁹

Por todo ello, se comprende que la libertad fue el valor que fundamentó todos los derechos civiles y políticos correspondientes a la primera dimensión, la cual operó como una guía en el movimiento revolucionario francés como se señaló en líneas precedentes.³¹⁰

³⁰⁸ Para la redacción de este párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por Lucerito Flores en Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Piso 15 Editores, 2015, p. 28. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4304-temas-actuales-de-los-derechos-humanos-de-ultima-generacion>, página consultada el 7 de julio de 2017.

³⁰⁹ *Idem*.

³¹⁰ En este sentido, se afirma que los derechos civiles y políticos son limitantes del poder estatal frente a la persona, como consecuencia de la idea de libertad del pensamiento de la Ilustración, de la teoría del contrato social y de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Su consagración aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (de los artículos 3 al 21). *Cfr.* Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 29.

En concreto, la primera dimensión del derecho humano a la vida³¹¹ integra, entre otros, los siguientes derechos civiles:³¹²

- Derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- Derecho de igualdad.
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial.
- Derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a la propiedad individual y colectiva.
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Derecho a la libertad de opinión y expresión.
- Derecho de reunión pacífica.
- Derecho a asociarse libremente.
- Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.
- Derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- Derecho a buscar asilo en cualquier país.
- Derecho a una nacionalidad.

³¹¹ No pasamos desapercibidos que en los documentos internacionales del *soft law* y del *hard law*, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, respectivamente, se identifica el derecho humano a la vida propiamente como un derecho civil, para efectos de nuestra investigación y con base en las consideraciones que hemos defendido, se piensa que más que una dimensión de los derechos humanos (un derecho civil) debe asumirse como el fundamento de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales y demás derechos humanos.

³¹² Los mismos han sido identificados y resumidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Por su parte, los derechos políticos que también conforman la primera dimensión del derecho humano a la vida, se identifican con los siguientes derechos:³¹³

- Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.
- Derecho a votar y a ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto.
- Derecho de acceso a las funciones públicas.

Ahora bien, se resaltan como principales características de los derechos civiles y políticos, el que imponen al Estado el deber de respetarlos siempre, así sólo podrán ser limitados en los casos y bajo las condiciones previstas en la Constitución, implican, en particular, dos actitudes del Estado frente a ellos, primera, de respeto permanente y en todo momento, segunda, de no impedimento, esto es, obligaciones de no hacer por parte de los entes públicos, a saber, no impedir el ejercicio de los derechos civiles y políticos, por ejemplo, de las libertades en todas sus formas.³¹⁴

Asimismo, se señala como propiedad de esta dimensión de los derechos humanos el que su reclamo corresponde a la propia persona, en este sentido, el titular de los derechos civiles es todo ser humano, por su parte, el titular de los derechos políticos es todo ciudadano.³¹⁵

Aquí cabría señalar que existe cierta disputa en torno a la circunstancia de condicionar los derechos humanos políticos a la idea de ciudadanía, por ejemplo, para Ferrajoli la misma ya no es un factor de inclusión y de igualdad como lo fue en los orígenes del Estado moderno, representa, por el contrario, un privilegio de *status*, a saber, el último factor de exclusión y discriminación

³¹³ Los mismos fueron identificados de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

³¹⁴ Somos deudores en este párrafo de las ideas expresadas por Magdalena Aguilar, véase Aguilar Cuevas, Magdalena, "Las tres generaciones de los derechos humanos", *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Toluca, año 6, núm. 30, marzo-abril de 1998, pp. 93-102 (p.94). Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490>, página consultada el 7 de julio de 2017.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 94.

que se contrapone a la proclamada universalidad de los derechos fundamentales en el contexto del constitucionalismo mundial.³¹⁶

Sin profundizar en el tema, se indica que es necesario revisar la noción de ciudadanía, ya que efectivamente la misma puede ser un elemento de desigualdad en pleno siglo XXI, sin ir más lejos, se puede dar el caso de extranjeros que decidan trabajar y establecer su residencia permanente en nuestro país, los cuales no podrían ejercer el derecho humano al sufragio activo y pasivo, en otras palabras, participar en la toma de decisiones políticas de su comunidad, aunque las mismas les afecten, lo que es discutible desde el constitucionalismo de los derechos.

Una vez identificados los derechos humanos que conforman la primera dimensión del derecho humano a la vida, así como sus principales características estamos en posibilidad de exponer la segunda dimensión de dicho derecho. Analicemos pues este otro punto de la investigación.

2.- Segunda dimensión de los derechos humanos

Como se ha señalado, la construcción de la idea de derechos humanos, se configura a partir de la revolución francesa, donde surgieron dos postulados liberales: el liberalismo económico y el liberalismo político, mismos que contrarrestaron las tenencias absolutistas de las monarquías europeas. Pese a ello, cabe destacar que en la práctica el liberalismo económico provocó un gran número de desigualdades entre los integrantes de la sociedad, ya que el Estado no intervenía en la vida económica de las personas, así, pequeños grupos alcanzaron mejores condiciones de vida en menoscabo de las grandes mayorías. Al mismo tiempo, la protección de los derechos humanos que enarbolaba el liberalismo político sólo era posible para ciertos grupos de la sociedad con poder económico.³¹⁷

Bajo este contexto, comenzaron a proliferar corrientes socialistas con postulados diferentes, a fin de corregir los problemas que había generado el

³¹⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 117.

³¹⁷ Hernández, Armando, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

liberalismo que defendió la revolución francesa. Aquí surgen pensadores relevantes para la historia de la humanidad como Marx, que proclamaba un cambio de paradigma a través de diversas doctrinas socialistas científicas.³¹⁸

Aunado a ello, se gestaron procesos radicales de cambio en el ámbito económico, social y tecnológico, a través de la revolución industrial, la cual si bien inició en Inglaterra tuvo un alcance global. Las repercusiones de dicho movimiento también impactaron a los derechos humanos de aquella época o, mejor, a sus dimensiones.

Con este escenario, en 1870 se da la caída del imperio austro-húngaro, por lo que se comienza a limitar el liberalismo, mismo que había propiciado diversos levantamientos sociales. Tras dicha caída, se forma el Estado alemán cuyo primer Reich fue Bismark, quien para eliminar las desigualdades sociales propiciadas por el liberalismo económico, reservó para el Estado ciertas actividades en la producción de bienes y servicios.³¹⁹

En dicho periodo, se comienzan a emitir las primeras previsiones sociales sobre seguridad social, asimismo, se toman diversas medidas para la protección de los grupos sociales más desprotegidos.³²⁰

Con este telón de fondo, las personas toman conciencia de su posición en la sociedad y, por consiguiente, de la necesidad de derivar más derechos humanos de los derechos civiles y políticos, los cuales no eran suficientes para lograr una forma de vida digna y satisfactoria, como la habían pensado tras los movimientos revolucionarios y de independencia de finales del siglo XVIII.

De esta forma, se comienza a configurar la segunda dimensión de los derechos humanos (que fueron en principio sólo derechos sociales), gracias a la revolución industrial, las decisiones adoptadas por los gobernantes en Alemania, los movimientos sociales de protesta y la Primera Guerra Mundial.³²¹

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

³¹⁹ Hernández, Armando, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

³²⁰ *Ibidem*, p. 28

³²¹ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 28.

En el ámbito doctrinario, se ha afirmado que fueron México, Rusia y Alemania, los países que dieron nacimiento al constitucionalismo social, al reconocer por primera vez los derechos sociales en sus constituciones de 1917, 1918 y 1919, respectivamente.³²²

Al margen de dichas normas constitucionales, se resalta un organismo internacional con competencia en materia de derechos sociales, esto es, la Organización Internacional del Trabajo, la cual fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles que terminó oficialmente con la Primera Guerra Mundial.

Pues bien, la segunda dimensión de los derechos humanos incluye los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Dichos derechos tiene como valor guía la igualdad universal, surgida del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX, la cual transforma el Estado liberal a un Estado social de derecho, que busca eliminar las desigualdades existentes.³²³

Con todo, se resalta que en nuestro país en casi todo el siglo XX, los DESC fueron comprendidos por la doctrina y los jueces sólo como derechos programáticos, de los que derivaban obligaciones de hacer para el Estado,

³²² Cfr. Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 28. En el mismo sentido, véase Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 30.

Como punto a reflexionar, se señala que en el marco del *XII Congreso Nacional y V Congreso Internacional sobre Democracia. La democracia por venir. Elecciones, nuevos sujetos políticos, desigualdades y globalización*, celebrado en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario del 12 al 15 de septiembre de 2016, en Rosario, Argentina, se identificó con nuestros pares ponentes, que en la Constitución de la Provincia de Mendoza (integrante de la nación Argentina), del 11 de Febrero de 1916 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 1916, ya se incorpora un constitucionalismo social, pues la misma reconoce el derecho a la libertad de trabajo; señala la facultad de la legislatura para reglamentar el trabajo de las mujeres y niños menores de 18 años; establece que se debe asegurar para los obreros condiciones de salubridad en el trabajo y la habitación; fija la jornada de ocho horas en establecimientos del Estado; y reconoce la educación laica, gratuita y obligatoria. Por ello, se puede decir que dicha Constitución es también pionera en materia de derechos sociales a nivel local, véase Constitución de la Provincia de Mendoza (artículos 33, 45 y 212), disponible en <http://www.ciudaddemendoza.gov.ar/gobierno/gobierno-municipal/>, página consultada el 7 de julio de 2017.

³²³ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 30.

costosas para su economía y, por ende, imposibles de ser defendidos y reclamados ante los tribunales.³²⁴

Como parte de los derechos sociales y económicos, se tienen, entre otros, los siguientes:³²⁵

- Derecho al trabajo.
- Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.
- Derecho a un salario equitativo.
- Derecho a fundar y a afiliarse a sindicatos.
- Derecho de huelga.
- Derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a la protección y asistencia de la familia.
- Derecho a la vivienda.

³²⁴ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos", en Cervantes Alcayde, Magdalena, *et. al.*, (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pp. 91- 106 (p. 91).

³²⁵ Los mismos fueron identificados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Sobre esto, se resalta que la autora Lucerito Flores ha señalado que los derechos económicos son, entre otros, los derechos a la propiedad individual y colectiva. *Cfr.* Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 30. Se opina que en estricto sentido, los derechos de propiedad (individual y colectiva) se podrían considerar como derechos económicos, sin embargo, no vienen así reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Los derechos de propiedad se proclaman en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por lo que se han considerando como derechos civiles, de hecho, son muy pocos los autores que ejemplifican a los derechos económicos como sí lo hace Lucerito Flores. Para los fines de nuestra investigación, se considera a los derechos de propiedad (individual o colectiva) como derechos que conforman la primera dimensión. Como reflexión final sobre la distinción entre los derechos sociales y económicos, se señala que existe mucha similitud entre los mismos, por lo que algunos derechos pueden ubicarse en las dos categorías, por ejemplo, el derecho a un salario equitativo, es tanto un derecho social como un derecho económico.

- Derecho a la alimentación.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la educación.

Por su parte, los derechos culturales son:³²⁶

- Derecho a participar en la vida cultural y a gozar de las artes.
- Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.
- Derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor o autora.

Para profundizar, cabe referir que los DESC son derechos de contenido material, que buscan mejorar las condiciones de vida de todas las personas, los mismos amplían la esfera de responsabilidad del Estado, al imponer un deber positivo, esto es, la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios básicos.³²⁷

Por otro lado, el titular de los DESC es la persona en comunidad, que se asocia para su mejor defensa, su reclamo es mediato (indirecto), está condicionado a las posibilidades económicas de cada país, se trata, en concreto, de legítimas aspiraciones de la sociedad.³²⁸

En este sentido, estos derechos deben cumplir una función social, así, la persona que, desde luego, es su titular, deberá ejercerlos dotado de una conciencia social. En el ámbito nacional, el cambio se dio, en concreto, de un constitucionalismo clásico de la Constitución de 1857 a un constitucionalismo social en la actual Constitución, de esta forma, se demanda un Estado de bienestar que genere programas y estrategias para que sean efectivos dichos

³²⁶ Los cuales fueron identificados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

³²⁷ Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.* p. 96.

³²⁸ *Idem.*

derechos.³²⁹ Se trata, como hemos indicado, de una obligación activa por parte del Estado, que implica determinar bases y lineamientos para hacer real el disfrute de una vida digna de los integrantes de diversos sectores de la sociedad.³³⁰

En otro orden de ideas, se resalta el carácter condicional y progresivo de los DESC, mismo que se contiene el artículo 2o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual señala, en resumen, que los Estados se compromete a adoptar medidas, particularmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (inclusive legislativos), la plena efectividad de dichos derechos.³³¹

Así, mientras el artículo 2o del citado Pacto establece la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y reconoce las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos disponibles, el homólogo artículo 2o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe la obligación de asegurar y respetar todos los derechos civiles y políticos como una obligación inmediata. Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha observado el concepto de progresiva realización, como un reconocimiento de que la materialización de todos los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente, no podrá ser conseguida en corto tiempo.³³²

Retomando el contenido del artículo 2o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cabe identificar los parámetros e

³²⁹ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 31.

³³⁰ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 29. En el mismo sentido, la autora Bertha Solís ha afirmado que los derechos sociales, económicos y culturales constituyen una obligación de hacer del Estado y son de satisfacción progresiva, véase Solís García, Bertha, *op. cit.*, p. 78.

³³¹ *Cfr.* Artículo 2o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, página consultada el 8 de julio de 2017.

³³² Boven, Theo van, "Categories of rights", en Moeckli, Daniel, *et. al.*, (eds.), *International human rights law*, segunda edición, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 143- 156. (p. 144). Traducción propia.

interpretaciones que ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en torno a la obligación de los Estados de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, para conseguir la efectividad de los DESC.

En su declaración del 21 de septiembre de 2007, dicho Comité señaló que la disponibilidad de recursos, aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no cambia el carácter inmediato de la obligación. Asimismo, que el hecho de que los recursos sean limitados no implica, en sí mismo, una justificación para no adoptar medidas.³³³

Por ello, a pesar de que se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes en un Estado, sigue vigente su obligación de conseguir la eficacia de los DESC. Todavía más, se precisa que los Estados tienen la obligación de proteger a los grupos más necesitados de la sociedad, pese a las limitaciones graves de recursos.³³⁴

En este sentido, el Comité interpreta que el compromiso de todo Estado de utilizar “hasta el máximo” los recursos de que dispone para lograr la plena efectividad de los DESC, lo habilita para recibir apoyos de la comunidad internacional, es decir, la expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga” se refiere a los recursos existentes en el ámbito interno e internacional.³³⁵

A todo esto, para que un Estado pueda justificar su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas en torno a los DESC, a una ausencia de recursos disponibles, debe acreditar que ha efectuado todos los esfuerzos posibles para

³³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración. Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, 38º período de sesiones, del 30 de abril al 18 de mayo de 2007, p. 2, párr. 4. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2007%2f1&Lang=en, página consultada el 8 de julio de 2017.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, p. 2, párr. 5.

aplicar todos los recursos a su alcance, a fin de satisfacer, de forma preferente, tales obligaciones mínimas.³³⁶

Por otra parte, se establece que cuando el Comité analice una comunicación en la que se denuncie a un Estado, por no haber adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, el Comité examinará todas medidas, adoptadas por el Estado, a fin de establecer si las mismas son adecuadas o razonables, para ello, el Comité tomará en cuenta los siguientes criterios: a) Hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los DESC, b) Si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria, c) Si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos, d) En caso de pluralidad de opciones en materia de normas, si el Estado se inclinó por la opción que menos limitaba los DESC, e) El orden cronológico en que se adoptaron las medidas, y f) Si las medidas se adoptaron con base en la situación de las personas y los grupos necesitados, así como, si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.³³⁷

Como se observa, los criterios e interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, le dan un nuevo giro a los DESC, ya que fijan, sin reservas, la posición que deben asumir los Estados con el objeto de hacerlos efectivos, ahora se comprende que la obligación de adoptar diversas medidas es de naturaleza inmediata (directa), por lo que, la limitación de recursos en los Estados, siempre presente, no es obstáculo para que los DESC sean una realidad, así pierde toda validez la justificación que los Estados realicen sobre la ineficacia de los DESC, como consecuencia de la falta de recursos presupuestarios, como algunos han asumido erróneamente.

De esta manera, se aprecia que la aplicación de dicho modelo de comprensión de los DESC en los países con altos niveles de disparidad social y económica, propicia una vía útil para conseguir la anhelada igualdad. Por otro

³³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, p. 2, párr. 6.

³³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, p. 3, párr. 8.

lado, se plantea que el novedoso test de razonabilidad y adecuación que establece el Comité para calificar las medidas adoptadas por los Estados en materia de protección de los DESC, podría trasladarse al ámbito judicial, a fin de evaluar la toma de decisiones en casos paradigmáticos. Volveremos sobre esto en el siguiente capítulo.

Finalmente, como obligaciones de inmediato cumplimiento que tienen los Estados para la efectividad de los DESC, se resalta la que señala el deber de no adoptar medidas regresivas, a saber, los Estados están obligados a mejorar y optimizar las condiciones de ejercicio de los DESC, por lo que, deben abstenerse de practicar medidas que disminuyan los rangos de protección alcanzados, en otros términos, se tiene una prohibición de regresividad, lo que implica que cualquier medida de dicha naturaleza, que perjudique el contenido esencial de los DESC será inválida en todo momento.³³⁸

3.- Tercera dimensión de los derechos humanos

Como lo señalamos en otro lugar de la investigación, una de las críticas que podemos efectuar a la idea de generaciones de los derechos humanos, se relaciona con la dificultad en identificar cuáles derechos corresponden a cada una de las mismas, en concreto, a la tercera y subsecuentes generaciones. Lo anterior, ya que no existe un tratado internacional que englobe a todos los derechos humanos, considerados por la mayoría de los autores, como pertenecientes a la tercera generación.

Como se sabe, nosotros hemos elegido transitar por otro sendero, es decir, partimos de la premisa de que todos los derechos humanos (incluidos los que se consideran parte de la tercera generación), se derivan del derecho humano a la vida digna, esto es, se trata de sus dimensiones o, si se quiere, de

³³⁸ García, Aniza, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Colección sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), Fascículo 1, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 18, 23 y 24. Las obligaciones de los Estados que exigen su cumplimiento inmediato que derivan de los DESC son las siguientes: a) no discriminar, b) adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC, c) satisfacer las obligaciones mínimas, y d) no adoptar medidas regresivas, véase, García, Aniza, *op. cit.*, pp. 18-25.

derechos consustanciales, pero no de nuevos derechos. Así, es apropiado hablar de una tercera dimensión de los derechos humanos y no de una generación de éstos.

La presentación de este aparato se dividirá en tres partes, por un lado, se esbozará el origen de la tercera dimensión; por otro, se identificarán los derechos humanos que la representan y sus características, lo que también nos puede generar ciertos conflictos, ya que no existe un acuerdo general sobre cuáles son tales derechos, con todo, una buena guía es hacer una relación entre éstos y los instrumentos internacionales del *soft law* o *hard law* que los contienen, lo que hasta donde se tiene noticia, todavía no se ha realizado en la literatura especializada; por último, se presentarán algunas reflexiones finales. Analicemos pues esta tercera dimensión.

El origen de la tercera dimensión de los derechos humanos, se tiene en los años setenta, el mismo se atribuye a las diversas necesidades de la colectividad humana, como son el deterioro del medio ambiente, la amenaza del cataclismo, el aumento del desarrollo económico de los Estados, los posibles conflictos armados estatales, entre muchas otras preocupaciones a escala global, que demandan una atención inmediata por parte de la humanidad.³³⁹

Esta dimensión de los derechos humanos es consecuencia de una respuesta a factores discriminatorios existentes, principalmente, en el ámbito económico, étnico, cultural y religioso, así como a las necesidades futuras en riesgo de los seres humanos (i.e: medio ambiente). De ahí que la tercera dimensión se sustenta en una exigencia común, a saber, los valores de cooperación y solidaridad.³⁴⁰

Así, los derechos humanos de la tercera dimensión son conocidos como derechos de solidaridad, de cooperación internacional o de los pueblos. La solidaridad como valor fundacional de tales derechos conlleva que para el ejercicio de los derechos se necesita la participación de las personas, Estados,

³³⁹ Hernández, Armando, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

³⁴⁰ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 32.

pueblos, organismos no gubernamentales y organismos internacionales, de esta forma, los derechos de la tercera dimensión se realizan con base en el valor de cooperación en el ámbito interno y externo, lo que es lo mismo, con la concertación de esfuerzos de todos los sectores sociales (privados y públicos).³⁴¹

Como se aprecia, esta dimensión de los derechos fue promovida para incentivar el progreso social y mejorar el nivel de vida de toda la humanidad, en un escenario de colaboración mutua entre todas los pueblos de la comunidad internacional.³⁴²

Por esta razón, los derechos humanos de esta dimensión tienen una naturaleza colectiva, ya que consideran a la vida humana en conjunto, identificando a la humanidad como un género, en donde no existen fronteras, razas, culturas o religiones, sino más bien una armonía de todos los pueblos y naciones.³⁴³

Para seguir avanzando, cabe indicar que entre los principales derechos humanos que representan la tercera dimensión, se tienen a los siguientes:³⁴⁴

- Derecho a un medio ambiente sano.
- Derecho a la paz.
- Derecho al desarrollo.
- Derecho a la libre determinación de los pueblos.
- Derecho al patrimonio cultural.
- Derechos del consumidor.

³⁴¹ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 31.

³⁴² Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 33.

³⁴³ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁴ Se adopta la lista de derechos humanos de solidaridad señalada por Lucerito Flores, por considerarla como la más exacta. *Cfr.* Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, pp. 32 y 33. Para una lista más extensa de dichos derechos véase Solís García, Bertha, *op. cit.*, p. 78. Algunos autores incluyen como derechos de la tercera dimensión al derecho de comunicarse, véase Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 32.

- Derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología. El cual, en nuestra opinión, representa una derivación del derecho cultural a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (segunda dimensión), para identificar el contraste, el derecho de la tercera dimensión lo relacionaremos con el derecho a los avances en ingeniería genética, con todo, puede ser criticable, ya que como se observa son derechos consustanciales.

El derecho al medio ambiente, se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, se mencionan sólo dos:

- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la que en su principio 1, reconoce el derecho humano a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.³⁴⁵
- Declaración del Milenio, en la cual se determina que el respeto a la naturaleza es un valor fundamental para las relaciones internacionales en el siglo XXI.³⁴⁶

El derecho a la paz encuentra su reconocimiento en la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, misma que precisa que los pueblos del planeta tienen derecho a la paz, para lo cual se necesita que la política de los Estados esté dirigida hacia la eliminación de la amenaza de la guerra.³⁴⁷

³⁴⁵ *Cfr.* Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclamada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁴⁶ *Cfr.* Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 8a. sesión plenaria del 8 de septiembre de 2000, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁴⁷ Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/11, el 12 de noviembre de 1984, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightOfPeoplesToPeace.aspx>, página consultada el 9 de julio de 2017.

Asimismo, se tiene Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, en la cual se determina que los gobiernos tienen una función primordial en la promoción y el fortalecimiento de una cultura de paz.³⁴⁸

El derecho humano al desarrollo se reconoce en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. En dicho instrumento, se establece que todos los seres humanos tienen derecho a gozar libremente de los frutos del progreso social.³⁴⁹ Por otro lado, se tiene la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en la que se proclama el derecho humano al desarrollo, mediante el cual toda persona y todos los pueblos están habilitados para participar, contribuir y disfrutar del desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse cabalmente todos sus demás derechos humanos.³⁵⁰

El derecho a la libre determinación de los pueblos, se reconoce en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. En tal instrumento, se establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, el cual conlleva, el que puedan establecer su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural con total libertad.³⁵¹

El derecho al patrimonio cultural, se regula de forma indirecta en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, en la

³⁴⁸ Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 107a. sesión plenaria del 13 de septiembre de 1999, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/53/243>, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁴⁹ *Cfr.* Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx>, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁵⁰ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁵¹ *Cfr.* Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Independence.aspx>, página consultada el 9 de julio de 2017.

misma se definen las obligaciones de los Estados de ubicar, proteger, conservar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural (i.e: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales) y natural (i.e: los lugares naturales que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia).³⁵²

Se dice de manera indirecta porque dicha Convención no reconoce explícitamente un derecho humano al patrimonio cultural, sin embargo, la protección de tal patrimonio por parte de los Estados es para beneficio de todos los seres humanos, los que pueden ser considerados como los titulares de ese patrimonio cultural y natural. Así, en la doctrina no se discute la consideración de un derecho humano al patrimonio cultural, ya el mismo se deriva o es consustancial del derecho a participar en la vida cultural y a gozar de las artes, el cual, como sabemos, sí está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁵³

Los derechos del consumidor se reconocen en Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, las cuales buscan atender diversas necesidades legítimas como las siguientes: a) el acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales, b) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad, c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita tomar decisiones fundadas, d) la

³⁵² Cfr. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 16 de noviembre de 1972, disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, página consultada el 9 de julio de 2017.

³⁵³ Para un estudio detallado del derecho humano al patrimonio cultural véase Tello Moreno, Luisa Fernanda, *El derecho al patrimonio común de la humanidad. Origen del derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012. Para dicha autora, si bien las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre el patrimonio cultural, no reconocen derechos humanos, ya que constituyen esquemas de protección y deberes de los Estados, sí han dado un impulso determinante al desarrollo de los derechos culturales. Cfr. Tello Moreno, Luisa Fernanda, *op. cit.*, p. 224.

protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel global, por mencionar sólo algunas.³⁵⁴

El derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología, representado, para fines de la tercera dimensión que se comenta, con el derecho a los avances en ingeniería genética, el que se reconoce en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. En tal Declaración, se proclaman diversos derechos, a saber, el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias; el derecho a la reparación del daño que se le haya causado, por una intervención en su genoma; el derecho de acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, entre otros más.³⁵⁵

Una vez identificados los instrumentos internacionales que reconocen a los derechos humanos de la tercera dimensión, se presentarán las características más representativas de estos derechos, en los siguientes puntos:

La protección de los derechos humanos de la tercera dimensión es transpersonal o supraindividual, es decir, no se representa con una persona en particular, ni con una clase o grupo social, sino más bien se trata del grupo

³⁵⁴ Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución A/RES/70/186 el 22 de diciembre de 2015, (Versión revisada de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor). Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/186>, página consultada el 9 de julio de 2017.

La primera versión de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 106a sesión plenaria, el 9 de abril de 1985. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>, página consultada el 9 de julio de 2017.

Para un estudio más completo de los derechos humanos de los consumidores véase Ovalle Favela, José, *Derechos de los consumidores*, tercera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Un análisis práctico y teórico de los derechos de los consumidores se encuentra en Luna Pla, Issa, *Derecho de los consumidores y la publicidad: Introducción y casos prácticos*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

³⁵⁵ Cfr. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, previo informe de la Comisión III, en la 26a sesión plenaria, el 11 de noviembre de 1997. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220s.pdf#page=50>, página consultada el 9 de julio de 2017.

humano, de esta forma, el derecho a un medio ambiente sano, protege a toda la humanidad del peligro de contraer enfermedades por la contaminación y no a una persona en concreto o a una clase social específica.³⁵⁶ Por ello, se afirma que este tipo de derechos refuerzan las relaciones entre todas las personas, las cuales no pueden ejercer sus derechos de forma aislada en todos los casos, sino que requieren de la comunidad a la que pertenecen, pues el ser humano se comprende con base en su dimensión colectiva.³⁵⁷

Los derechos humanos de la tercera dimensión requieren para su cumplimiento de prestaciones positivas (hacer y dar) y negativas (no hacer), a diferencia de las otras dos dimensiones que tienen un alcance distinto.³⁵⁸

El titular de los derechos puede ser un Estado,³⁵⁹ por ejemplo, en el caso del derecho a determinar libremente su condición política (forma de gobierno), el derecho a la integridad de su territorio nacional y el derecho a la unidad nacional.³⁶⁰ Con todo, los derechos de la tercera dimensión pueden ser

³⁵⁶ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁷ Hernández, Armando, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, se ha afirmado que los derechos humanos de la tercera dimensión, pertenecen a grupos imprecisos de personas que tienen un interés colectivo común. *Cfr.* Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.* p. 98.

³⁵⁸ Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.* p. 98.

³⁵⁹ *Idem.* Los mismos serían, por consiguiente, derechos no humanos, similar a los derechos que tienen reconocidas las personas jurídicas. Existen criterios encontrados entre los instrumentos regionales de protección de derechos humanos y las interpretaciones de las cortes internacionales, referente a sí las empresas tienen derechos humanos, para nosotros no es un tema que merece una discusión, pues es entendible que las mismas no tiene derechos humanos, pero sí derechos. Una discusión sobre la titularidad de los derechos humanos se encuentra en Islas López, Abigayl, *et. al.*, *Personas jurídicas y derechos humanos. Un debate sobre la titularidad de los derechos humanos*, primera reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015.

³⁶⁰ *Cfr.* Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Independence.aspx>, página consultada el 9 de julio de 2017.

reclamados ante el propio Estado, por los grupos pertenecientes al mismo o por otro Estado, esto es, de nación a nación.³⁶¹

Sobre lo anterior, se resalta que a pesar de que sea un Estado el titular de los citados derechos, los efectos de los mismos son para las personas, esto es, posibilitan de forma indirecta todos los derechos humanos, así una denegación de los derechos de los Estados es una violación, a su vez, a los derechos humanos de las personas que integren el país que corresponda.

Con base en todo lo descrito sobre la tercera dimensión de los derechos humanos, se pueden desprender las siguientes reflexiones finales:

- Son dimensiones de los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que se fueron conformando derivado de las nuevas necesidades y preocupaciones humanas que se debían atender, a fin de mantener la estabilidad y continuidad de los seres humanos, por ejemplo, la defensa del medio ambiente, la paz mundial y el desarrollo económico.
- A su vez, se trata de derechos consustanciales que buscan un objetivo común, esto es, la realización de una forma de vida digna y de calidad, para lo cual, se requiere de la participación de los Estados, las organizaciones no gubernamentales, los grupos sociales y la comunidad internacional, ya que se trata de derechos de solidaridad y cooperación. Dicha participación conlleva obligaciones a cargo de los Estados de diversa naturaleza (hacer y no hacer), las cuales están sujetas a un escrutinio internacional, por tratarse de problemas globales.
- Es patente el carácter consustancial de los derechos que integran las diversas dimensiones, pues nadie puede negar que los derechos de la tercera dimensión se representan también en los derechos de la segunda dimensión, pongamos por caso, el derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología (que es considerado de la tercera dimensión) con el derecho cultural a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (que se identifica en la segunda dimensión); en el mismo

³⁶¹ Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.* p. 98.

sentido, se tiene el derecho económico a recibir un salario equitativo (de la segunda dimensión), que se corresponde con el derecho humano al desarrollo económico (de la tercera dimensión). Ello, corrobora nuestra premisa inicial, de que no se trata de nuevos derechos humanos, sino sólo de sus derivaciones, por lo que la idea de generaciones de derechos humanos debe dejarse a un lado, al tratarse de una teoría inapropiada o, si se quiere, desfasada. Volveremos sobre esto en el siguiente apartado.

4.- Otras dimensiones de los derechos humanos

En la doctrina contemporánea se alude a una cuarta generación, así como a los derechos de última generación o del siglo XXI, se piensa que de seguir en esa postura, en algún momento, llegaremos a una generación inimaginable, por ejemplo, la centésima, está claro que se abandona la idea de continuar clasificando de esa forma a los derechos humanos, por ello, se decidió nombrar a este punto de la investigación como “otras dimensiones de los derechos humanos”, donde caben todas las posibilidades.

Se advierte que no será nuestro objetivo esbozar todas las dimensiones de los derechos humanos, algo que sería un ejercicio poco útil, aunque ciertamente muy extenso, por el contrario, presentaremos sólo algunas de las dimensiones más recientes, dejando para otra investigación un análisis más profundo. Lo anterior, con la finalidad de que el lector identifique como el esquema de derivación de derechos es constante y progresivo, acorde con la naturaleza humana a la que se debe.

Para empezar, se indica que estas otras dimensiones de los derechos, se sustentan, principalmente, en las nuevas condiciones, necesidades y realidades de la sociedad, la tecnología y la globalización.³⁶² Tales dimensiones buscan garantizar el acceso universal a esquemas más sofisticados de ciudadanía, de libertad y de calidad de vida,³⁶³ por lo que siguen teniendo como sustento el derecho humano a la vida digna.

³⁶² Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 35.

³⁶³ *Ibidem*, p. 36.

Pero, ¿cuáles son estas otras dimensiones de los derechos humanos? se piensa que cualquier intento por enumerar los mismos, estaría destinado al fracaso, toda vez que las necesidades humanas siguen surgiendo y cambiando, así, se vive un mundo que avanza en forma constante y dinámica, el cual nos va presentando nuevas realidades (no nuevos derechos humanos), que deben ser reconocidas como derechos consustanciales, los que merecen una protección reforzada, derivado de los valores que los fundamentan, los juristas diríamos que por el interés jurídico a proteger, a saber, la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, entre otros más.

De esta forma, se han encontrado como otras dimensiones de los derechos, por mencionar algunas, las siguientes:³⁶⁴

- Derecho de acceso y uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC). El cual analizaremos con detalle más adelante.
- Derecho a la protección de datos personales: El origen de estos derechos se tiene en la *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. En dichas directrices se define a los datos personales como cualquier información relacionada con una persona identificada o identificable.³⁶⁵ En concreto, el derecho a la protección de datos personales implica el reconocimiento de prerrogativas, principios y procedimientos para el tratamiento de la información de las personas físicas por parte de las autoridades públicas o de particulares. Tales prerrogativas

³⁶⁴ Los derechos señalados han sido obtenidos de diversos trabajos académicos y de normas jurídicas. Cfr. Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, pp. 35, 36 y 38. Asimismo, véase Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, pp. 477 y 478. También Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Derecho al acceso y uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015, p.11. Por último, véase Constitución Política de la Ciudad de México (artículos 6, 9, 11 y 13), publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 5 de febrero de 2017, disponible en <http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/589/746/ef5/589746ef5f8cc447475176.pdf>, página consultada el 10 de julio de 2017.

³⁶⁵ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, adoptadas el 23 septiembre de 1980, disponible en <http://www.oecd.org/sti/ineconomiy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm#part1>, página consultada el 11 de julio de 2017.

conllevan el derecho a ser informado de la existencia de cualquier banco de datos que contenga información personal; a conceder permiso para la transmisión de la misma; para oponerse a que sea utilizada; y para solicitar que se cancele.³⁶⁶ En este sentido, en México se reconoce que cualquier titular de datos personales puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición³⁶⁷ (conocidos como derechos ARCO).³⁶⁸ Finalmente, el derecho a la protección de datos personales, se encuentra reconocido en el artículo 6o constitucional, que señala que la información privada y los datos personales serán protegidos por las leyes, así como en el artículo 16 constitucional, que establece que toda persona

³⁶⁶ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 17 y 18.

³⁶⁷ En el ámbito teórico y práctico, se habla del “derecho al olvido”, el cual surgió en Europa derivado del caso Mario Costeja planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el contexto nacional, se estima que la idea de derecho al olvido digital, se identifica más bien con el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición a la información, que se encuentre indexada por algún motor de búsqueda gestionado por cierta empresa: i.e: *google*. En concreto, cuando se ejercen dichos derechos en el ámbito digital, lo que se busca es impedir la identificación (no su eliminación) de la información personal que circula en internet, mediante su desindexación por parte de los motores de búsqueda, esto es, no se trata de un derecho al olvido digital en estricto sentido (la información sigue en la red). Ahora bien, los derechos de cancelación y oposición no necesariamente vulneran el derecho de acceso a la verdad, el cual tiene un alcance más amplio, con todo, cada asunto requiere de la aplicación de un test o juicio de proporcionalidad en sentido estricto, para saber si la información indexada es o no de utilidad para la sociedad y en qué medida, así no se debe perder de vista que lo que está en juego, del otro lado, es un derecho humano de protección de datos personales.

Para un estudio práctico de los derechos de cancelación y oposición en el escenario digital véase Maqueo Ramírez, María Solange, Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de datos respecto del motor de búsqueda gestionado por google y la protección de Datos Personales, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 145, enero-abril de 2016, pp. 75-100, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4992/12461>, página consultada el 11 de julio de 2017.

³⁶⁸ Cfr. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (artículo 22), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>, página consultada el 11 de julio de 2017.

tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación, cancelación y oposición de los mismos.³⁶⁹

- Derechos de las personas con discapacidad: El cual se deriva del artículo 1o constitucional que prohíbe toda discriminación motivada por discapacidades. En el seno internacional, se cuenta con diversos instrumentos de protección para este grupo de personas, por ejemplo, en el ámbito de las Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por otro lado, en el contexto regional, se tiene la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En la primera Convención, se señala que las personas con discapacidad son aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo, que les puedan impedir, en igualdad de condiciones, su participación plena y efectiva en la sociedad. Asimismo, se establecen sus derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho de accesibilidad al entorno físico, transporte, información y comunicaciones y el derecho a vivir de forma independiente.³⁷⁰ Cabe indicar que el Estado mexicano, se ha comprometido a evitar la discriminación hacia las personas con discapacidad, a fin de que las mismas puedan desarrollarse en el ámbito personal e integrarse de forma igualitaria a la sociedad.³⁷¹
- Derecho al matrimonio igualitario. El que esbozaremos con detalle más adelante.

³⁶⁹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, página consultada el 11 de julio de 2017.

³⁷⁰ Cfr. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>, página consultada el 11 de julio de 2017.

³⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Modelo social de discapacidad: directrices para la interpretación del estado de interdicción en el Distrito Federal*, Serie decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 17.

- Derechos reproductivos: Los cuales se basan en el reconocimiento de todas las personas a decir libre y responsablemente el número de hijos y el esparcimiento de los nacimientos.³⁷² Asimismo, implican los derechos específicos de disponer de servicios de planificación familiar; de contar con métodos contraceptivos; y de tener la información apropiada para decidir libremente sobre la reproducción. La expresión derechos reproductivos, se consagró en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, en 1994.³⁷³ En el ámbito nacional, los derechos reproductivos están reconocidos en el artículo 4o de la Constitución mexicana. Un tema controversial que forma parte de los mismos es el derecho al aborto seguro.³⁷⁴ Así, cabe indicar que en las entidades federativas no se permite a las mujeres la interrupción voluntaria del embarazo antes de que se cumplan las doce semanas de gestación, como en la Ciudad de México, donde se logró la despenalización del aborto con la reforma al Código Penal local en 2007 ³⁷⁵
- Derecho a la autodeterminación personal (muerte digna): El mismo se reconoce en el artículo 6 de la Constitución progresista de la Ciudad de

³⁷² Cook, Rebecca J., *et al.*, *Salud reproductiva y derechos humanos*, segunda edición, Bogotá, Oxford Profamilia, 2005, p. 144. (original no consultado, cit. por Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesaurus jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: vocabulario controlado y estructurado*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 821).

³⁷³ Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *et al.*, (coord.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Konrad Adenauer Stiftung, 2013. pp. 2267-2289 (pp. 2268, 2277 y 2278).

³⁷⁴ Ávalos Capín, Jimena, *op. cit.*, p. 2278.

³⁷⁵ Sobre este tema, recuérdese que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, se pronunció por la constitucionalidad de las reformas efectuadas en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) sobre la despenalización del aborto, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, sentencia del 28 de agosto de 2008, p. 206, disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/despenalizacion_abortodf, página consultada el 12 de julio de 2017.

México,³⁷⁶ pero no en la Constitución federal, su ejercicio implicaría practicar la eutanasia, aunque no se señale así en la Constitución local, por ello, el debate actual sobre su incompatibilidad con el derecho a la vida. En el ámbito latinoamericano, se ha avanzado en el tema, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia estableció en la sentencia del caso T-970-2014, los criterios para materializar el derecho a tener una muerte digna, para lo cual realizó un análisis teórico sobre la tipología de la eutanasia, así como un estudio comparado, respecto a la regulación en diversas partes del mundo del derecho a morir dignamente.³⁷⁷

- Derecho al uso lúdico, médico y científico de la marihuana y sus derivados: El derecho al consumo personal de marihuana para fines lúdicos fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver un amparo en revisión en 2015, en el mismo, el juzgador constitucional estimó que el sistema de prohibiciones contenido en la Ley General de Salud es inconstitucional, ya que no logra superar el test de proporcionalidad (en particular, el subprincipio de necesidad), así consideró que debe prevalecer el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los quejosos, lo cual, desde luego, no implica el que puedan practicar actos de comercio con la marihuana, por lo que se ha sentado un criterio importante en la materia, eso sí, con efectos relativos.³⁷⁸ Sobre el uso médico y científico de la marihuana, se resalta que recientemente se reformó la Ley General de Salud y el Código Penal Federal para permitir dicho uso y que no se tipifique como delito la conducta de siembra, cultivo o cosecha de plantas de marihuana para fines

³⁷⁶ *Cfr.* Constitución Política de la Ciudad de México, publicada el 5 de febrero de 2017 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, disponible en <http://www.cdmx.gob.mx/constitucion>, página consultada el 12 de julio de 2017.

³⁷⁷ *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S, Expediente T-4.067.849, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, página consultada el 12 de julio de 2017.

³⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C, Amparo en revisión 237/2014, Sentencia del 4 de noviembre del 2015, pp. 70 y 76, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, página consultada el 12 de julio de 2017.

médicos y científicos.³⁷⁹ Todo ello, a fin de potenciar, en nuestra opinión, el derecho humano a la salud, así como el derecho humano a beneficiarse de los avances científicos.

- Derecho al tiempo libre: En la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, el mismo se relaciona con rubros laborales, a saber, los límites en la duración del trabajo y el derecho a vacaciones periódicas,³⁸⁰ los que complementan el ejercicio de aquéllos derechos. En el ámbito nacional, el derecho al tiempo libre está contenido en el artículo 13 de la Constitución Política de la Ciudad de México,³⁸¹ con todo, este derecho es compatible con otros derechos reconocidos en la Constitución federal, por ejemplo, el referente al descanso y el relativo a una jornada máxima de trabajo de 8 horas.
- Derechos de los migrantes: Los derechos humanos de las personas migrantes están reconocidos, prácticamente, en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, ello, porque la nacionalidad o cualquier otra condición no debe ser un criterio para materializar los mismos.³⁸² Lo anterior, al menos en teoría, ya que la realidad nos supera, pues sabemos que actualmente existe un grave problema en materia de eficacia plena de dichos derechos. Como ejemplo de un derecho de los migrantes, se señala el de asistencia consular, el cual, de acuerdo con la

³⁷⁹ Cfr. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de junio de 2017, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs/LGS_ref107_19jun17.pdf, página consultada el 12 de julio de 2017.

³⁸⁰ Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, página consultada el 12 de julio de 2017.

³⁸¹ Constitución Política de la Ciudad de México, publicada el 5 de febrero de 2017 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, disponible en <http://www.cdmx.gob.mx/constitucion>, página consultada el 12 de julio de 2017.

³⁸² Leguizamón, Corina y Farhat, Rodrigo, (coords.), *Migración, derechos humanos y política migratoria*, Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y Organización Internacional para las Migraciones, 2016, p. 9, disponible en <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migración-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>, página consultada el 12 de julio de 2017.

Corte IDH, es correlativo a la obligación que tienen los Estados de proteger a sus nacionales en cualquier parte en la que residan.³⁸³ Finalmente, en el seno del sistema universal de protección de derechos humanos, se tiene la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del que se deriva la existencia del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, mismo que vigila la aplicación de la citada Convención.³⁸⁴

- Derechos de las personas adultas mayores: Para empezar, se precisa que se cuenta con los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, mismos que se refieren a la independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.³⁸⁵ Al margen de dicho instrumento de buenas intenciones, los adultos mayores de 60 años gozan de la protección establecida en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Recomendación 162 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores de edad, entre muchos otros más.³⁸⁶ En el contexto interamericano, se cuenta, además, con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (la que no ha sido firmada por México), en la cual se establecen diversos deberes para los Estados, así como los derechos de las personas mayores, a saber, derecho a la vida y a la dignidad en la vejez,

³⁸³ Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 51.

³⁸⁴ *Cfr.* Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>, página consultada el 13 de julio de 2017.

³⁸⁵ Véase Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/588/45/IMG/NR058845.pdf?OpenElement>, página consultada el 13 de julio de 2017.

³⁸⁶ *Cfr.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los derechos humanos de las personas adultas mayores*, segunda edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 3 y 4.

derecho a la independencia y a la autonomía, derecho a la participación e integración comunitaria, por mencionar sólo algunos. Cabe destacar que en dicha Convención, se señala que cualquier persona puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias contra un Estado por violación de alguno de los artículos de la Convención.³⁸⁷

Como se puede apreciar, la lista de derechos humanos no es exhaustiva, así, se comprende que en el futuro se irán incorporando más dimensiones de los mismos, de acuerdo a las nuevas exigencias humanas. Como se anunció anteriormente, se considera adecuado detenernos un poco en el análisis de dos derechos, que han tenido una trascendencia notable en nuestras sociedades, esto es, del derecho de acceso y uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y del derecho al matrimonio igualitario, a fin de evaluarlos en nuestro contexto.

El derecho de acceso y uso de las TIC:

El incremento de la información, el empleo de las tecnologías y los avances científicos, han generado un nuevo modelo de sociedad de la información, la cual reviste mucha importancia, ya que opera como una plataforma que facilita, de diversas maneras, el desarrollo y la interacción entre las personas.³⁸⁸

Las TIC contribuyen con el desarrollo de las formas de vida actual, ya que agilizan los procesos de comunicación y de acceso al conocimiento (i.e: aplicaciones para la comunicación a distancia y la existencia de revistas científicas arbitradas de acceso virtual), mejoran la prestación de servicios educativos (a través de plataformas educativas en línea), así como los servicios de salud, asimismo, facilitan las gestiones ante las autoridades públicas (por

³⁸⁷ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 15 de junio de 2015, disponible en http://www.oas.org/es/sla/derechos/multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp, página consultada el 13 de julio de 2017.

³⁸⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *op. cit.*, p. 7.

ejemplo, vía juicios en línea en la justicia administrativa o procedimientos de conciliación en materia de consumo de forma no presencial), derivado de todos estos avances, que simplifican la vida en las sociedades, se ha mantenido como una de las principales preocupaciones a escala global, el lograr el acceso de todos los seres humanos a las TIC.³⁸⁹

En este sentido, es evidente que existe una brecha digital entre los diversos países, pues no se garantiza de manera homóloga el acceso a las TIC, en concreto, se conoce el caso de China, en donde existen regulaciones que limitan la libertad de acceso a la información en la red. En dicho país, se aplica la figura de *firewall*, lo que implica que antes de que una persona ingrese por primera vez a internet, está obligada a suscribir un formulario, a fin de garantizar la plena identificación del usuario y ejercer un control gubernamental sobre el acceso e intercambio de información en internet.³⁹⁰

Por otro lado, cabe precisar que en el ámbito nacional, sí se encuentra reconocido el derecho humano de acceso y uso de las TIC, dicho reconocimiento se logró mediante una modificación al artículo 6o constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

En tal precepto, se establece que el Estado garantizará dicho derecho, así como los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet (derecho humano de acceso a la red). Asimismo, se señala que en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, el Estado garantizará a

³⁸⁹ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas en Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *op. cit.*, p. 7. Retomando el punto sobre los beneficios de las TIC en los servicios de salud, se tiene la aplicación de la tarjeta de salud informatizada, similar a las tarjetas bancarias, la cual se integra en un microprocesador que almacena información médica y administrativa, necesaria para los médicos, hospitales, organismos de seguridad social, laboratorios y farmacias. La misma debería implementarse en México para agilizar y mejorar los servicios relacionados con la salud. *Cfr.* Rovalletti, María Lucrecia, "Derechos humanos, sociedad de la información y sociedad de riesgo", *Acta Bioethica*, vol. 16, núm. 2, noviembre de 2010, pp. 174-179 (p. 176). Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v16n2/a10.pdf>, página consultada el 10 de julio de 2017.

³⁹⁰ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *op. cit.*, p. 40.

la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante acciones de inclusión digital universal.³⁹¹

A todo esto, es necesario identificar el alcance del derecho de acceso a las TIC, el mismo comporta la libertad de las personas de acceder y usar eficazmente las tecnologías, navegar por internet y obtener datos de calidad por medios electrónicos, radiofónicos y televisivos. Así como transmitir cualquier contenido por tales medios, interactuar y participar de la sociedad de la información, sin discriminación por cuestiones sociales, económicas o de otro tipo.³⁹²

A modo de síntesis, se señala que la importancia actual de dicha dimensión de los derechos humanos es manifiesta, ya que su ejercicio contribuye al desarrollo de una vida digna y de calidad, pues el uso de las TIC nos permite interactuar eficientemente con todas las personas; acceder a servicios públicos de forma más ágil; difundir y obtener información de manera sencilla; así como acceder al conocimiento global. Todo ello, nos ayuda a potenciar el ejercicio de otros derechos humanos como la libertad de expresión, de pensamiento, el acceso a la información y el derecho a la educación, entre muchos otros más.

Derecho al matrimonio igualitario:

México es un país referente en América Latina en torno a la protección del derecho al matrimonio igualitario, de hecho, son pocos los países latinoamericanos que lo protegen. En el ámbito global, el primer país en establecerlo fue Holanda.

El antecedente del matrimonio igualitario en nuestro país, se tiene en la Ciudad de México, con dos instrumentos jurídicos, por un lado, la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (Ahora Gaceta Oficial de la Ciudad de México) el 16 de noviembre de 2006, por el otro, la reforma al Código Civil del Distrito

³⁹¹ *Cfr.* Artículo 6o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, página consultada el 10 de julio de 2017.

³⁹² Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *op. cit.*, p. 11.

Federal, publicada en dicho medio oficial el 29 de diciembre de 2009, a fin de establecer que el matrimonio es la unión de dos personas y no de un hombre y una mujer.

En el ámbito judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha construido una línea jurisprudencial que reconoce el derecho al matrimonio igualitario. La primera vez que analizó la constitucionalidad del matrimonio igualitario fue en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por la Procuraduría General de la República, en su resolución, el pleno del Tribunal Constitucional reconoció la validez de los preceptos del Código Civil del Distrito Federal por los que se modificaba la definición del matrimonio y el derecho a la adopción.³⁹³

Las razones expuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad fueron, principalmente, las siguientes: a) el artículo 4o. constitucional no contiene la institución del matrimonio, pero sí garantiza la protección a la familia, por lo que el legislador puede regular lo relativo a su organización y desarrollo, b) la familia es un concepto sociológico (antes que jurídico), así su organización depende de la dinámica cultural de cada lugar y en cada época, por ello, el legislador debe atender a la realidad imperante de cualquier forma de familia, a fin de lograr su protección y, c) el concepto de matrimonio no es un concepto inmutable y petrificado, como lo demuestran los cambios sociales.³⁹⁴

Con mucho, no debe perderse de vista que para la resolución de dicha acción de inconstitucionalidad, trascendió mucho el precedente del amparo directo civil 6/2008 (referente a las personas transexuales), emitido por el pleno del Tribunal Constitucional mexicano. En dicho asunto, se reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad pese a que no está contenido

³⁹³ Zaldívar, Arturo, "Prefacio" al libro la Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. IX-XI (p. IX y X).

³⁹⁴ García Velasco, Laura, "La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (acción de inconstitucionalidad 2/2010)", en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*, pp. 1-19, (pp. 6 y 7).

expresamente en la Constitución de nuestro país, aquí su relevancia para el caso del matrimonio igualitario y del derecho de adopción.³⁹⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido fortaleciendo y desarrollando su línea argumentativa sobre el matrimonio igualitario (tanto en juicios de amparo como en acciones de inconstitucionalidad). En todos los asuntos, ha resuelto que las restricciones al derecho del matrimonio igualitario son contrarias al derecho del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a no ser discriminados.³⁹⁶

Pues bien, cabe indicar que con independencia del desarrollo jurisprudencial y los postulados de las normas jurídicas que posibilitan el derecho al matrimonio igualitario en la Ciudad de México y en otros Estados integrantes de la federación (i.e: Coahuila de Zaragoza), la realidad es que aún falta bastante camino por recorrer, ya que no todas las entidades federativas han modificado sus normas jurídicas para hacerlas compatibles con los criterios progresistas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (por ejemplo, Puebla y

³⁹⁵ Cfr. García Velasco, Laura, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

Se sabe que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se reconoce expresamente en el Constitución de México, sin embargo, el mismo ha sido esbozado desde la judicatura federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la protagonista en el reconocimiento de dicho derecho humano, el cual es compatible con una comprensión progresiva de la Constitución, por ejemplo, dicho Tribunal ha señalado que el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otros, la libertad de contraer o no matrimonio; de procrear hijos y cuántos; la profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, véase Pleno, “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende”, tesis aislada P. LXVI/2009, en materia civil y constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que su línea jurisprudencial ha reconocido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una gran variedad de acciones y decisiones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.*, sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 36. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, página consultada el 11 de julio de 2017.

³⁹⁶ Zaldívar, Arturo, *op. cit.*, p. X.

Yucatán³⁹⁷), la cual no puede obligarlos a hacerlo, pues los mismos tienen competencia para regular la materia civil en su territorio.

Por ello, se han planteado como interrogantes pendientes en el ámbito de la doctrina constitucional ¿si es adecuado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiera a todas las normas jurídicas locales sobre el matrimonio? o ¿si es posible que emita una declaratoria de inconstitucionalidad sobre la concepción del matrimonio en términos genéricos?³⁹⁸ respuestas que ameritan un análisis posterior y profundo, que rebasaría, por mucho, los fines de nuestra investigación.

Con todo, el único camino que les quedaría a los habitantes de las entidades federativas, que aún no reconocen el matrimonio igualitario, es acudir al juicio de amparo, alegando violación a sus derechos humanos a la no discriminación (reconocido expresamente en el artículo 1o de la Constitución), al libre desarrollo de la personalidad (configurado por interpretación maximalista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y a la familia (reconocido expresamente en el artículo 4o de la Constitución).

Bajo este escenario, se precisa que los precedentes judiciales del derecho al matrimonio igualitario (como los generados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación), han abierto el debate sobre las reparaciones a los derechos humanos mediante un recurso judicial como lo es el juicio de amparo.³⁹⁹

En este sentido, es observable la importancia de las garantías de protección de los derechos humanos, a fin de hacerlos efectivos plenamente, como lo sugiere la fundamentación iuspositivista de los mismos, ya que de nada sirve

³⁹⁷ En el Estado de Yucatán hasta existe un Código de Familia para el Estado, supuestamente novedoso, pero que comprende al matrimonio como la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer. *Cfr.* Código de Familia para el Estado de Yucatán (artículo 49), publicado en el Diario Oficial del Estado el 30 de abril de 2012, disponible en <http://www.congresoyucatan.gob.mx/legislacion/codigos>, página consultada el 11 de julio de 2017.

³⁹⁸ *Cfr.* Quintana Osuna, Karla I, “La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*, pp. 21-54, (p. 53).

³⁹⁹ Quintana Osuna, Karla I, *op. cit.*, p. 51.

que se tenga un extenso catálogo de derechos humanos, si ante su vulneración, no se pudiera hacer nada o muy poco.

Se retoma así la idea de Vasak, respecto a que los derechos humanos deben estar protegidos por el Estado constitucional. En particular, dicho autor señala que a fin de convertir los derechos humanos en una realidad legal, tres requerimientos necesitan conocerse: a) debe existir una sociedad organizada en la forma de Estado *de jure*, b) el Estado de derechos humanos debe ejercerse dentro de un preestablecido marco jurídico, y c) el ejercicio de los derechos humanos debe ser proveído de específicas garantías legales.⁴⁰⁰

Como evaluación final del derecho humano al matrimonio igualitario, se indica que si bien el mismo, se ha ido configurando, principalmente, a través del terreno judicial (lo que puede ser cuestionable), también lo es que actualmente existe una tendencia nacional de apertura a la idea del matrimonio, lo que seguramente traerá repercusiones a corto plazo en las legislaciones de todo el país,⁴⁰¹ a fin de que ya no sea necesario acudir a un tribunal para hacer posible tal derecho, todo esto, en aras de proteger la dignidad de todas las personas, la cual informa a todo el orden jurídico.

Para finalizar, se argumenta que el derecho humano al matrimonio igualitario no es más que un derecho consustancial de otros como el de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y de protección a la familia, quedando corroborada, de nueva cuenta, nuestra tesis principal en torno a la identificación de los derechos humanos en dimensiones en lugar de generaciones.

En este sentido, se comparte la idea de que la protección explícita prevista en instrumentos referentes a los derechos de las mujeres, niños, trabajadores

⁴⁰⁰ Vasak, Karel, "Human rights: as a legal reality", en *The international dimensions of human rights*, Estados Unidos de América, Greenwood Press y UNESCO, 1982, p. 4. Traducción propia.

⁴⁰¹ Somos deudores en este punto de los postulados expresados por Karla Quintana, la cual señala que es válido cuestionar que el reconocimiento de derechos de grupos discriminados se realice a través del ámbito judicial, lo que necesariamente traerá consecuencias jurídicas, al no existir uniformidad legislativa, véase Quintana Osuna, Karla I, *op. cit.*, p. 52.

migrantes; personas con discapacidades; personas sujetas a desapariciones forzadas; o personas indígenas, no definen nuevos derechos más bien reconceptualizan derechos humanos existentes, a fin de extender su alcance a grupos de personas que necesitan especial cuidado, atención y protección. Por ello, en vez de hablar de nuevos derechos humanos deberíamos utilizar la noción de nuevo enfoque de los derechos.⁴⁰²

Hasta aquí con el análisis de las dos dimensiones de los derechos humanos, para continuar con el tema, se precisa que existe una Declaración Universal de Derechos Emergentes, elaborada por la sociedad civil global, la que surgió en el contexto del Foro Universal de las Culturas en Barcelona 2004 y Monterrey 2007. En la Declaración, se consagran diversos valores, principios y derechos humanos que se consideran del siglo XXI. Como valores se señalan los siguientes: dignidad, vida, igualdad, solidaridad, convivencia, paz, libertad y conocimiento, por su parte, algunos de los principios que contiene son: inclusión social, horizontalidad y género.⁴⁰³

Respecto a los derechos emergentes la lista es muy amplia, los mismos están relacionados con la idea de democracia (igualitaria, plural, paritaria, participativa, solidaria y garantista), de dicha tipología de la democracia se derivan los siguientes derechos: a la renta básica; a una muerte digna; a la interculturalidad; a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar; a la salud reproductiva; a la representación paritaria; a la ciudad; a ser consultado; a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía; a la

⁴⁰² Boven, Theo van, *op. cit.*, pp. 152 y 153. Todavía más, dicho autor señala que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no proclama el derecho al agua como un nuevo derecho humano, más bien lo define como un derecho que emana y es indispensable para la realización del derecho a un adecuado estándar de vida y como relacionado con los derechos de salud, adecuada vivienda y alimentación. *Cfr.* Boven, Theo van, *op. cit.*, pp. 152.

⁴⁰³ *Cfr.* Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, promulgada por la sociedad civil global, disponible en <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>, página consultada el 14 de julio de 2017.

justicia internacional; a la verdad; a la movilidad local; a la resistencia, entre muchos otros más.⁴⁰⁴

Ahora bien, la Declaración no es vinculante para los Estados, se trata de una carta de principios, los cuales se espera sean asumidos por todas las naciones, la misma se percibe complementaria de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, con todo, pese a su carácter no vinculante, la consagración de diversos derechos humanos efectuada por la sociedad civil es un ejercicio valioso.

Así, se considera que la plena efectividad de los derechos emergentes, se podría lograr mediante la alusión a que los mismos derivan de otros derechos que sí están reconocidos por instrumentos internacionales, de esta forma, en aras de materializar el derecho a la resistencia contra la opresión política, se puede esbozar que la misma vulnera los derechos de libertad de expresión y de sufragio activo y pasivo reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para finalizar el tema de las dimensiones de los derechos humanos, se resalta que su análisis fue útil para la presente investigación, ya que nos permitió caracterizar los tipos de derechos que pueden colisionar, esto es, la piezas con las que deben argumentar hoy en día los jueces. En otro lugar de la investigación, se analizarán algunos casos judiciales que hagan referencia a estas dimensiones de los derechos humanos, por ahora, a modo de resumen de todo lo expuesto, se presenta un esquema que identifica las ideas desarrolladas en esta parte del trabajo:

⁴⁰⁴ *Cfr.* Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, promulgada por la sociedad civil global, disponible en <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>, página consultada el 14 de julio de 2017.

Derecho humano a la vida digna como sustento de todas las dimensiones:				
	Valor que la respalda:	Grupos de derechos que la contienen:	Modelo de juez:	Modelo de Estado:
Primera dimensión:	Autonomía	Derechos civiles y políticos	Juez formal	Estado legalista
Segunda dimensión:	Justicia (distributiva)	Derechos económicos, sociales y culturales	Juez plural	Estado igualitario
Tercera dimensión:	Armonía	Derechos de cooperación	Juez fraterno	Estado pacifista
Otras dimensiones:	Conocimiento	Derechos emergentes	Juez garantista	Estado constitucional de derecho

V.- Características o principios de los derechos humanos

En la doctrina actual se habla de ciertos principios de los derechos humanos, que bien se pueden equiparar con las características esenciales de los mismos, las que resulta apropiado plantear en este trabajo, por dos cuestiones, primera, para resaltar la idea de dimensiones de los derechos más que de generaciones,⁴⁰⁵ segunda, para identificar tendencias contemporáneas en torno a los elementos que dibujan los derechos humanos.

Existen tantas características de los derechos como autores que han estudiado el tema,⁴⁰⁶ por ello, sólo seguiremos la vertiente planteada por la propia Constitución de nuestro país, así, se afirma que los principios de los derechos humanos son los siguientes: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

⁴⁰⁵ En particular, otra crítica que se le puede hacer a la escuela de las generaciones de los derechos, es que la misma es opuesta a la tesis de la unidad de los derechos humanos adoptada por las Naciones Unidas, véase Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2002, p. 52.

⁴⁰⁶ De esta manera, algunos autores establecen como características de los derechos humanos su generalidad, imprescriptibilidad, intransferibilidad y su permanencia, véase Quintana Roldán, Carlos F y Sabido Peniche Norma D, *Derechos humanos*, quinta edición, México, Porrúa, 2009, p. 21.

1.- Universalidad

La universalidad de los derechos humanos supone que los mismos se ejercen por todas las personas, grupos y pueblos, sin distinciones adjetivas de ninguna especie, este principio se consagra en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales, los que afirman que los derechos se aplican a todas las personas, sin consideración alguna por cuestiones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra situación. De esta forma, se dice que la universalidad de los derechos humanos es la negación de la discriminación en todas sus formas.⁴⁰⁷

En ese tenor, en la medida en que los derechos humanos tienen como contenido esencial a valores morales de especial importancia, se asume que deben ser reconocidos para todas las personas, con independencia de sus diferencias, resaltando así un criterio de igualdad en los mismos.⁴⁰⁸

Este principio de universalidad es el más criticado, pues a caso ¿no existe discriminación por cuestiones de nacionalidad, condición económica, sexo o color? En México y en muchas otras partes del mundo, se tiene, desde luego, el problema de la exclusión derivada de la situación económica de las personas, sus preferencias sexuales y de las opiniones políticas vertidas, al grado tal que, en nuestro país, forman parte de la conciencia colectiva ciertos adjetivos para ejercer esa discriminación, lo que no se puede resolver con el sólo reconocimiento de los derechos humanos en normas jurídicas o con las sanciones impuestas por acciones discriminatorias. Ello, es una forma de atender el problema, pero se necesita más compromiso, se requiere, en concreto, de un cambio cultural de nuestro país, lo que se observa como un proceso muy complejo.

⁴⁰⁷ Galvis Ortíz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, tercera edición, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005, p. 65

⁴⁰⁸ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2013, p. 22.

Otro elemento de reproche al principio de universalidad tiene que ver con la siguiente interrogante ¿a qué tipo de universalidad se refieren los derechos humanos? pues la visión de la Declaración Universal de Derechos Humanos representa la visión del mundo desde occidente (universalidad relativa), pero no es la única concepción posible.

Así, existe la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Declaración de El Cairo) de 1990, la que afirma que por encima de la comprensión occidental de los derechos humanos, hay algo distinto y mejor, así la validez de la Declaración Universal de Derechos Humanos es directamente discutida por la Declaración de El Cairo que su sustenta en la Sharia islámica.⁴⁰⁹

Bajo este sendero, se observa que el principio de universalidad de los derechos humanos requiere ser examinado bajo la hermenéutica diatópica de Santos, ya que se trata de un elemento criticable, a pesar de que el mismo reviste una aceptación general en la explicación de los derechos humanos.

2.- Interdependencia

El principio de interdependencia expresa vinculación y relaciones recíprocas entre los derechos humanos, en particular, con el esquema de interdependencia, se entiende que el nivel de disfrute y ejercicio de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Pongamos por caso, el derecho a la salud, el cual tiene una conexión manifiesta con el derecho a la alimentación, al acceso al agua, a una vivienda digna y al trabajo en condiciones salubres.⁴¹⁰

El punto central de este principio es que los Estados no pueden proteger y garantizar ciertos derechos humanos en contravención de otros, así todos los

⁴⁰⁹ Menke, Christoph y Pollmann, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, trad. de Remei Capdevilla Werning, Barcelona, Herder, 2010, p. 83.

⁴¹⁰ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 135-165. (pp. 152-153).

derechos requieren de la misma atención. En otras palabras, un derecho humano depende de otro derecho para su existencia y realización, por lo que el respeto, promoción y garantía de alguno de ellos impactará en el otro derecho, de forma necesaria.⁴¹¹

Por ello, se señala en el ámbito académico, que los derechos humanos son interdependientes porque no es posible lograr una vida digna sin que todos los derechos humanos, ya reconocidos en las normas jurídicas, sean respetados, así no se debe olvidar que una vida digna es el propósito de los derechos.⁴¹²

Así las cosas, es claro que todos los derechos humanos están conectados y relacionados, en efecto, durante la última década del siglo XX los mandatos de los derechos civiles y políticos fueron completados con los mandatos de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, con los derechos humanos siguientes: vivienda adecuada, alimentación, educación y acceso al agua.⁴¹³

En suma, el principio de interdependencia refuerza la premisa sostenida en esta investigación sobre las dimensiones de los derechos humanos, los cuales deben ser asumidos como derechos consustanciales y no como nuevos derechos humanos.

3.- Indivisibilidad

Los derechos humanos son indivisibles en la medida en que no deben asumirse de forma separada sino como un conjunto. Así, el principio de indivisibilidad supone una mirada holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos están unidos y forman una sola construcción. La premisa central es que la concreción de los derechos humanos sólo puede lograrse a través de la materialización en bloque de todos ellos.⁴¹⁴

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 153.

⁴¹² Donnelly, Jack, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Natalia Barraza Carbajal, México, Trillas, 2015, p. 39.

⁴¹³ Boven, Theo van, *op. cit.*, pp. 147 y 149.

⁴¹⁴ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, pp. 152 y 155.

Todavía más, el principio de indivisibilidad encierra una regla para los Estados, a saber, que no pueden reconocer ciertos derechos y desconocer otros, pues todos integran una unidad, así su goce y ejercicio debe ser de forma total y no parcial.⁴¹⁵

Con base en dichos señalamientos, se comprende que los derechos humanos no pueden jerarquizarse, ya que suponen una sola idea, en la cual no existen preferencias de ningún tipo, se trata de un ejercicio de los derechos en su conjunto, por lo cual, en toda sociedad contemporánea se debería ejercer paralelamente, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso a las TIC. La realidad es distinta, por lo que existe un problema en la efectiva realización de este principio, ejemplos en China y otros países, nos revelan dicha situación, en donde no es posible satisfacer los derechos de acceso a las TIC en conjunto con los derechos civiles y políticos.

Con todo, para fines didácticos es útil la percepción de los derechos humanos como derechos indivisibles, aunque en la práctica diaria no se puede visualizar dicho principio, particularmente en países emergentes del continente americano, en los cuales se concibe como un ideal a alcanzar el ejercicio en bloque de todos los derechos humanos.

4.- Progresividad

El principio de progresividad señala que en todas las cuestiones referentes a los derechos humanos debe tenerse un constante mejoramiento y avance, esto es, que cuando se ha logrado cierto estándar de protección de los derechos, no deben existir acciones o medidas que retrocedan en dicho logro.⁴¹⁶ Lo que nos llevaría a asumir paralelamente un principio de no regresividad o retroceso de los derechos humanos.

⁴¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos. Parte general*, Serie derechos humanos 1, segunda reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 41.

⁴¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos. Parte general*, Serie derechos humanos 1, segunda reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 44.

Dicho principio tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que el mismo determina la obligación de los Estados de conseguir el desarrollo progresivo de los DESC.⁴¹⁷

Pese a lo anterior, cabe resaltar que el principio de progresividad es aplicable hoy en día por igual a los derechos civiles y políticos y a los DESC, pues se trata de configurar un piso mínimo que debe considerarse en la protección de los derechos humanos, sobre el que los Estados deberán avanzar en su expansión, así los derechos humanos reconocidos en las normas jurídicas (nacionales o internacionales) representan un umbral mínimo que debe fortalecerse con el transcurso del tiempo.⁴¹⁸

Con mucho, existe un problema en la determinación de cuál debe ser el esquema de mínimos de los derechos, lo que no es un inconveniente menor, ya que se trata de un paso previo para poder aplicar el principio de progresividad, el cual encierra una obligación de los Estados, en concreto, el generar indicadores para poder medir con exactitud el avance paulatino de los derechos humanos, pues, se reitera, nos encontramos frente a un piso básico de protección.⁴¹⁹

Con independencia de tales dificultades, en la práctica nacional se observa que las autoridades no jurisdiccionales en México no han comprometido el

⁴¹⁷ Calvo, Néstor Javier, "Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales", *Revista Vis Iuris*, núm. 1, vol. 1, enero-junio de 2014, Universidad Sergio Arboleda, pp. 141-161 (p. 159). Disponible en <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/viewFile/214/192>, página consultada el 17 de julio de 2017.

⁴¹⁸ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 160.

⁴¹⁹ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por Luis Vázquez y Sandra Serrano en Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 163. Sobre la base mínima de los derechos humanos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya ha dado ciertas respuestas, por ejemplo, sobre el derecho a la alimentación adecuada ha señalado que su contenido mínimo esencial comporta la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades de los individuos, sin sustancias nocivas, además de la accesibilidad a los alimentos de manera sostenible y que no entorpezca el ejercicio de otros derechos humano, véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 8 (original no consultado cit. por Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, pp. 160 y 161).

alcance de este principio o, mejor, característica de los derechos humanos, pues para ellos el umbral señalado en las normas jurídicas que contienen derechos es el máximo y no el mínimo, en cierta forma, se entiende su postura formalista y ceñida al principio de legalidad, pues para ellos su función es simplemente el aplicar las normas jurídicas, sin expandir su contenido, lo cual es adecuado en el contexto de los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

Ahora bien, para resolver dichos inconvenientes formalistas, se cuenta con los jueces constitucionales, los que tienen una posibilidad de dimensionar su rol en la sociedad al hacer eficiente el principio de progresividad, mediante la expansión día tras día del contenido de los derechos humanos, en otras palabras, deben asumir su papel de agentes maximalistas de los derechos humanos de cara a los pronunciamientos generados en el seno de la comunidad internacional.

Para finalizar, se destaca que acorde con el esquema maximalista y garantista, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sí ha asumido en todos sus términos el principio de progresividad, dicho tribunal constitucional ha señalado que tal principio ordena ampliar la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, con base en las posibilidades fácticas y jurídicas del asunto concreto. Asimismo, refiere que las exigencias (positivas o negativas) del principio se dirigen tanto a los creadores como a los aplicadores de las normas jurídicas (ya sean autoridades legislativas, administrativas o judiciales). La exigencia positiva, implica para el legislador la obligación de ampliar el alcance de los derechos humanos y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se expandan los aspectos de los derechos. La exigencia negativa, genera una prohibición de regresividad, así, el legislador no puede expedir leyes que limiten el alcance que ya se reconoce a los derechos humanos, por su parte, el

aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva.⁴²⁰

Como se aprecia, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de avanzada y compatible con las ideas expuestas en este trabajo, pese a ello, queda mucho camino por avanzar en la materialización de tales parámetros, pues se necesita de un compromiso real de todo el Estado mexicano y no sólo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, el que de hecho, no encuentra limitaciones de naturaleza financiera, pues como hemos argumentado en otro lugar de la investigación, la escasez de recursos presupuestarios no es una razón suficiente para afectar la plena efectividad de los derechos humanos.

Con base en todo lo descrito, estamos en posibilidad de presentar una radiografía de la argumentación jurídica, haciendo hincapié en los criterios de evaluación o corrección que la misma desarrolla, lo que nos ayudará a cumplir nuestros objetivos de investigación, a saber, contribuir con el desarrollo y comprensión de la argumentación jurídica con derechos humanos, mediante la identificación de los criterios de calificación de las decisiones judiciales. Veamos pues estos temas fundamentales para nuestro trabajo académico.

⁴²⁰ Primera Sala, “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas”, tesis aislada 1a. CCXCI/2016 en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 378, disponible en https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=100000000000&Expresion=progresividad%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=180&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=1&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2013216&Hit=21&IDs=2013216,2013217,2013258,2013363,2012989,2012988,2013009,2013176,2013047,2012887,2012753,2012858,2012768,2012774,2012781,2012783,2012640,2012228,2012167,2011940&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=, página consultada el 18 de julio de 2017.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO TEÓRICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. Exordio

En la actualidad las investigaciones sobre argumentación jurídica son abundantes, basta con revisar el catálogo de cualquier biblioteca nacional o internacional y confirmaremos el entusiasmo que existe por escribir en torno a la misma. Los jueces constitucionales siguen la misma tendencia, pues plasman en sus sentencias teorías de la argumentación jurídica surgidas en otros lugares, lo cual no es erróneo *per se*, pero sugiere una revisión detenida para lograr su plena efectividad, de lo contrario, se corre el riesgo de diseccionar la realidad en dos partes, a saber, una formal y otra material.

La primera es la realidad de papel, lo que dice la sentencia en abstracto, por ejemplo, respecto al alcance de un derecho humano o lo que debe entenderse por dignidad humana, realidad que se aparta de la cotidianidad y experiencia de la vida de las personas en nuestro contexto; la segunda, implicaría la materialización de una decisión judicial compatible o enfocada con el entorno nacional, así el contenido de un derecho humano o lo que significa una vida digna será con base en nuestras aspiraciones y necesidades. De esta forma, no se trata de privilegiar un nacionalismo o regionalismo, sino, por el contrario, armonizar ambos mundos, ello, si se quiere ser realista del ambiente global actual.

En este sentido, en el presenta capítulo no se buscará únicamente difundir las teorías de la argumentación jurídica extranjeras, sino también dialogar con las mismas, evaluarlas en el contexto mexicano y de forma prospectiva, esto es, no asumimos ciegamente el efecto irradiación de las teorías de Alexy-

Atienza en Latinoamérica,⁴²¹ pues nos inquietan interrogantes fundamentales como las siguientes: ¿pueden ser aplicables directamente las teorías de la argumentación jurídica al contexto mexicano? ¿cuál es criterio de evaluación que las mismas proponen para calificar su corrección? ¿es posible generar una teoría nacional de la argumentación jurídica que utilice, en algún sentido, parámetros del exterior?

Las respuestas a dichas interrogantes no son fáciles de encontrar, se requiere de un análisis riguroso de cada una de las propuestas para la argumentación surgidas en el ámbito teórico y práctico, estudio que debe considerar no sólo los postulados de los autores conocidos (Atienza, Alexy o MacCormick) sino además las ideas plasmadas por tratadistas poco explorados pero rigurosos en su pensamiento.

Bajo este sendero, a fin de cumplir los objetivos de nuestra investigación, a lo largo del presente capítulo se presentará el marco teórico de la argumentación jurídica bajo una nueva vertiente, a saber, una postura dialógica y calificativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica de frente a la realidad de nuestro país. Por otro lado, se presentará un estudio crítico de los actuales modelos de calificación de la argumentación jurídica.

Todo lo anterior, nos ayudará a preparar el camino para tomar una postura al final de la investigación, respecto a la manera en que se puede mejorar la aplicación de los diversos criterios existentes sobre la evaluación de la argumentación jurídica, pues la realidad actual nos demanda ampliar el modelo fiscalización de la corrección de la toma de decisiones judiciales con derechos humanos.

⁴²¹ Denominamos *efecto irradiación de las teorías de Alexy-Atienza en Latinoamérica*, a la circunstancia de adoptar irreflexivamente, en todas los ámbitos posibles, a las teorías de la argumentación jurídica de Manuel Atienza y Robert Alexy, que se ha dado en varios países de América Latina (México, Colombia, Perú, Ecuador y Argentina), en donde sus juristas parecen asumir a dichas teorías y sus representantes como su verdadero tótem jurídico actual. Para un estudio crítico reciente sobre el pensamiento de Manuel Atienza, véase Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro P (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra Editores, 2017.

En suma, la principal aportación de este capítulo será el análisis y balance de los criterios de corrección asumidos por diversas teorías de la argumentación jurídicas, con independencia de que se trate de teorías ampliamente exploradas o, por el contrario, poco conocidas pero de relevancia manifiesta, así se pretende contribuir con el desarrollo de la argumentación jurídica en nuestro país, para lo cual se revisará con un lente crítico el estado de arte existente en torno al razonamiento jurídico en el ámbito global. Por último, se aclara que la muestra de las teorías a estudiar será, desde luego, limitativa, sin embargo, se busca que sea representativa del enfoque que actualmente dirige la toma de decisiones en las cortes constitucionales de Europa y América.

II.- Claves para la comprensión de la argumentación jurídica

La argumentación jurídica se ha erigido actualmente como una pieza esencial en la explicación del fenómeno jurídico, ya que todo acto (con efectos generales o particulares) de los poderes públicos o de los particulares (actuando como entes públicos)⁴²² exige una amplia justificación frente a la sociedad que resulta o puede resultar afectada con dicha acción pública o privada. Aún más, la misma debe ser coherente con el actual parámetro de regularidad constitucional. Pero ¿es correcto asumir que el derecho es argumentación como lo siguieren ciertos autores?⁴²³

Las tendencias contemporáneas nos invitan a contestar en sentido afirmativo y, asumir que actualmente lo más relevante en el fenómeno jurídico es la argumentación jurídica, ya que con la misma se puede determinar el contenido

⁴²² Sobre el juicio de amparo contra particulares, ya se ha escrito en nuestro país, por ejemplo, véase Mijangos y González, Javier, "El juicio de amparo contra particulares", en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, tomo I, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 271-287.

⁴²³ Por ejemplo, Manuel Atienza habla de cuatro enfoques del derecho, a saber, estructural, sociológico, valorativo y dinámico. Este cuarto enfoque consiste en ver al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos, se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho, que informa a los otros tres enfoques y, además, conduce a considerar el derecho como argumentación. *Cfr.* Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, segunda edición, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 251 y 252.

de los derechos humanos,⁴²⁴ así como restringir constitucionalmente un derecho humano. Volveremos sobre este punto más adelante.

Ahora, otra interrogante que se nos presenta es ¿qué es la argumentación jurídica aquí y ahora? no en el pasado ni en sus orígenes, sino en la actualidad, una vez resuelta dicha pregunta estaremos en posibilidad de identificar su alcance y naturaleza práctica.

No somos partidarios de presentar un concepto específico de la misma, ello sería un ejercicio arrogante y tal vez innecesario, así, se observa que cada autor ha presentado su idea sobre la argumentación jurídica, de esta forma, preferimos esbozar algunas claves para entender la misma en el seno nacional, lo que contribuirá, en mayor medida, a que los juristas puedan concretarla en su quehacer jurídico cotidiano.⁴²⁵

Para comenzar, la argumentación jurídica como todo acto humano de comunicación racional, requiere de una herramienta para su difusión, para ello la misma utiliza el instrumento lingüístico del discurso que se dirige a los otros o contra los otros (un auditorio), el cual se asume como el punto de partida de la acción argumentativa, sin él no podemos comenzar ni desarrollar ningún modelo de argumentación jurídica.

Otra clave de la argumentación tiene que ver con la identificación de que tal discurso no es ordinario, se trata más bien de un discurso argumentativo y jurídico, por un lado, es argumentativo porque no sólo expone pretensiones o

⁴²⁴ Sobre este tema, se ha señalado que la determinación del contenido de un derecho humano puede realizarse por el propio legislador y, sobre todo, por la labor jurisprudencial, la que no añade algo nuevo a la norma constitucional que contiene el derecho, sino más bien precisa su significado, véase Coello Cetina, Rafael, “La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional (interpretación integral y juicio de proporcionalidad)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords)., *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, Tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 33-73, (p.44).

⁴²⁵ Pese a ello, nos parece interesante, por concreta, la idea que sobre la argumentación jurídica tiene el autor Jaime Cárdenas, para el cual, la misma consiste en la generación y producción de razones para sustentar pretensiones. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p.36.

posiciones, sino que da razones para la toma de postura, es decir, sustenta lo que se expone con argumentos esgrimidos a través del discurso, de lo contrario, estaríamos en presencia de una simple opinión, de ahí su carácter argumentativo y práctico; por el otro, es un discurso jurídico, porque es expresado por personas que pueden influir en los derechos humanos, esto es, por grupos cualificados con competencia para afectar la esfera jurídica de las personas e intervenir en sus derechos humanos, por ejemplo, los jueces constitucionales.

En este sentido, es entendible que al tratarse de un discurso argumentativo el mismo no es de naturaleza individual, sino de alcance colectivo, ya que se materializa frente a alguien en concreto (un auditorio), quien a su vez puede expresar otro discurso argumentativo (su discurso), así, se trata de una pluralidad de discursos, los cuales podemos identificar con otra clave para la comprensión de la argumentación, a saber, el diálogo jurídico, el que se utiliza en todo proceso práctico argumentativo, a fin de que las partes que intervienen en el diálogo puedan manifestar alternativamente cada una de sus pretensiones o posturas, las que deben estar debidamente respaldadas con razones, como se ha indicado.

Todo ello, nos lleva a otra clave de la argumentación jurídica, en concreto, a que la misma debe desarrollarse a través de la emisión de razones, principalmente jurídicas, aunque también es posible esbozar razones de otra naturaleza, si el asunto lo amerita, como podrían ser sociales, políticas, científicas, económicas, culturales o de cualquier otro ámbito, siempre y cuando sean indispensables para mejorar y fortalecer el esquema argumentativo de la decisión emitida y, además, dichas razones deben someterse a un examen de objetividad, mediante el recurso del diálogo abierto. Sin ir más lejos, en casos que involucren temas complejos, como el derecho a una muerte digna, podrían esbozarse razones de corte moral, científico y de derecho comparado o en asuntos que involucren la afectación del derecho humano al sufragio activo, derivado de la anulación de una elección, sería deseable (necesario) exponer razones de corte social y cultural. Con todo, la regla es utilizar razones jurídicas, pues estamos en presencia de un discurso

argumentativo jurídico y no de un discurso argumentativo moral, económico o político.

Para seguir avanzando, se destaca otra clave fundamental de la argumentación jurídica referente a la obligación que pesa sobre los participantes en el diálogo, de lograr el convencimiento y adhesión del auditorio a quien dirigen sus argumentos, pues no sólo basta con identificar y presentar un cuerpo de razones para sustentar una postura, se requiere que las mismas consigan la adhesión total del auditorio. Aquí la relevancia del razonamiento jurídico. Ello, opera con un criterio de diferenciación entre la argumentación y la imposición jurídica, todavía más, en el proceso de convencimiento, se deben eliminar los elementos persuasivos para lograr la adhesión, ya que los mismos se sustentan, principalmente, en cuestiones emotivas,⁴²⁶ afirmar lo contrario y optar por su utilización, equivaldría a decir que un juez puede argumentar su determinación mediante la apelación a sentimientos como son: su estado de ánimo o sus prejuicios culturales, ello, no quiere decir que un juez debe actuar como un robot, pues ante todo es un sujeto cultural, sin embargo, rememorando a Kahn⁴²⁷ debe suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decidir un caso, a fin de hacerlo de forma objetiva y como resultado de un esquema de razonabilidad.

⁴²⁶ En este sentido, si bien la persuasión es el acto de convencer a otra persona (que adopta la forma de un llamado al intelecto), su eficacia depende de recurrir a prejuicios, emociones y sugerencias. Véase Warren Howard C (ed.), *Diccionario de psicología*, séptima edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 265.

Entre los autores que se han ocupado por distinguir entre persuadir y convencer, se tienen a Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. Según estos autores, los que se preocupan del resultado consideran la convicción como un primer estadio que lleva a la persuasión, por su parte, los que se interesan por el carácter racional de la adhesión consideran que convencer es previo a persuadir. Todavía más, tales autores proponer una diferenciación entre argumentación persuasiva y argumentación convincente. La primera pretende valer sólo para un auditorio concreto, la segunda busca obtener la adhesión de todo ser racional. Cfr. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, I, 1958, pp. 34-39 (original no consultado, cit. por Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Tomo III (K-P), primera reimpresión, Barcelona, Ariel, 1998, p. 2770).

⁴²⁷ Como se hapreciado en otro lugar de la presente investigación, dicho autor esboza la idea de un acto imaginativo de separación entre el sujeto y sus creencias, así, se cuestiona si es posible para nosotros suspender la creencia, por ejemplo, en el Estado de derecho, véase Kahn, Paul, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

En otro sentido, se identifica también como elemento de comprensión de la argumentación jurídica, la circunstancia de que la misma se desenvuelve particularmente en los casos considerados como paradigmáticos, es decir, los asuntos que involucran una colisión de derechos humanos, los cuales son paradigmáticos porque el juez constitucional puede afectar o restringir temporalmente alguno de los derechos en tensión. De esta manera, la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica, se dirigen a resolver este tipo de colisiones entre dos o más derechos humanos. Con mucho, se resalta la posibilidad de que entre en tensión un derecho humano con un principio constitucional, como el referente a la equidad en las contiendas electorales o el que establece la intervención estatal en los programas educativos básicos, tensiones que también demandan un análisis, a fin de tener una radiografía completa de los casos paradigmáticos.

Finalmente, otra clave para la comprensión de la argumentación jurídica tiene que ver con la posibilidad de que la misma se manifiesta en la discrecionalidad judicial, pues el ejercicio de ésta no elimina la necesidad de aquélla, esto es, de que se justifiquen en todo momento las decisiones de cara a las partes y a la misma sociedad.

Con base en todo lo señalado, sin necesidad de presentar un concepto específico de la argumentación jurídica, se comprende el contenido y alcance esencial de la misma, con todo, el lector puede identificar una idea particular en torno al proceso de toma de decisiones jurídicas en el ámbito nacional, para nosotros la argumentación jurídica aquí y ahora representa una pieza fundamental del fenómeno jurídico, aunque no la única, ya que con la misma se fija el contenido de protección de lo que podemos considerar como una forma de vida digna en nuestro país, de esta manera, se necesita seguir con el perfeccionamiento de dicha metodología jurídica, para que sus efectos sean visibles en la vida cotidiana de las personas, las cuales pueden ser afectadas en sus derechos humanos de forma inconstitucional.

III.- Las conexiones entre el constitucionalismo contemporáneo y la argumentación jurídica

Las relaciones entre el constitucionalismo contemporáneo y la argumentación jurídica se manifiestan de diversas maneras, por lo que en nuestra época, se asume que para poder analizar y evaluar el constitucionalismo con rigor académico, se tiene que recurrir, necesariamente, al proceso de justificación jurídica y viceversa.

Dicha unión entre ambas figuras encuentra su respaldo en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, derivado de que el constitucionalismo actual asume que los Estados democráticos de derecho reconocen derechos en sus normas jurídicas fundamentales, las cuales revisten una protección especial a través de diversos mecanismos como el juicio de amparo, el recurso de amparo, de inconstitucionalidad, el *habeas corpus*, entre otros más. De esta forma, la argumentación jurídica encuentra su labor o realce bajo tales esquemas de reconocimiento de derechos humanos, ya que mediante su ejercicio se pueden materializar cuatro circunstancias prácticas; en primer lugar, fijar el contenido de los derechos humanos y los ámbitos de acción que protegen los mismos (sus prerrogativas); en segundo lugar, expandir la protección de los derechos humanos, en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto,⁴²⁸ a fin de practicar el principio de progresividad que informa a los derechos humanos; en tercer lugar, invalidar las restricciones inconstitucionales a los derechos humanos generadas por leyes o cualquier otro acto de autoridad; en cuarto lugar, en el

⁴²⁸ Primera Sala, “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas”, tesis aislada 1a. CCXCI/2016 en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 378.

caso de colisiones entre derechos humanos, restringir temporalmente y de forma constitucional el ejercicio de un derecho humano.⁴²⁹

- En segundo lugar, porque el constitucionalismo contemporáneo no sólo se comprende en la esfera nacional, sino también en el contexto internacional, derivado de la remisión de las propias Constituciones al derecho internacional de los derechos humanos, esto es, como consecuencia de la existencia de cláusulas abiertas a los tratados internacionales que asumen las normas fundamentales actuales, por lo que el papel garante de todos los derechos reconocidos en los órdenes nacional e internacional, queda en el ámbito de acción de los jueces sin importar su origen, los que requieren de modelos argumentativos de corte multinivel para respaldar sus decisiones sobre derechos humanos.
- En tercer lugar, porque bajo los postulados del constitucionalismo contemporáneo se posibilita el que sean los propios jueces los que desarrollen su papel en el seno de la protección multinivel de los derechos humanos, así, los mismos pueden emitir criterios y generar doctrinas específicas en la materia, por ejemplo, la doctrina del control de

⁴²⁹ En el ámbito teórico, se han realizado formulaciones para distinguir las expresiones delimitaciones y restricciones de los derechos humanos. Las delimitaciones a los derechos se prevén expresamente en la norma constitucional, por ejemplo, las señaladas en el artículo 6o constitucional para la libertad de expresión, se trata así de situaciones ordinarias que pueden contenerse en la propia Constitución o, incluso, en leyes federales o locales, las que deben ser constitucionales. En este sentido, se sostiene que las normas generales emitidas por el legislador delimitan los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, al indicar qué conductas pueden considerarse como parte de los derechos humanos, así como qué requisitos deben cubrirse para su ejercicio o su conservación, todo lo que debe ser coherente con la Constitución. Por su parte, las restricciones a los derechos humanos, se relacionan con la posibilidad de impedir el ejercicio de los derechos humanos en situaciones de excepción como en casos de invasión o ataque a la paz pública, las que se regulan en el artículo 29 constitucional, asimismo, las restricciones pueden darse por un acto inconstitucional de las autoridades, como cuando éstas prohíben conductas protegidas en el contenido de un derecho o cuando los requisitos a los que sujetan el ejercicio o la conservación de un derecho humano no encuentran sustento constitucional. *Cfr.* Coello Cetina, Rafael, *op. cit.*, pp. 45, 46, 47 y 51. Nosotros incluiríamos como restricciones a los derechos humanos, las decretadas por los jueces constitucionales, por ejemplo, cuando resuelven una colisión entre derechos humanos, otorgándole mayor peso a alguno de ellos para el caso específico y de forma temporal. Aquí nos encontraríamos frente a una restricción válida y constitucional, siempre y cuando la sentencia que la contenga se encuentre bien respaldada por un adecuado esquema argumentativo.

convencionalidad de la CoIDH o la figura del parámetro de regularidad constitucional esbozada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- En cuarto lugar, porque el constitucionalismo de nuestros días, le otorga a los jueces constitucionales un papel central para la eficacia plena de los derechos humanos en el Estado democrático de derecho, contrarrestando la labor de otros poderes, pongamos por caso, los actos emitidos por el Poder Legislativo, los cuales quedan sujetos al examen de constitucionalidad efectuado por los jueces constitucionales, en el mismo sentido, los actos del Poder Ejecutivo quedan condicionados al test de constitucionalidad judicial.
- En quinto lugar, derivado de que el constitucionalismo actual propicia un punto de inflexión respecto al proceso de toma de decisiones judiciales, como consecuencia del reconocimiento en las Constituciones de diversos principios que caracterizan a los derechos humanos, por ejemplo, el principio de progresividad, el cual se relaciona con la prohibición de regresión de dichos derechos. En este sentido, tal principio de progresividad se logra a través de la argumentación jurídica de corte maximalista o expansionista, aquí otro punto fundamental de encuentro entre el constitucionalismo y el razonamiento jurídico.

De conformidad con el escenario descrito, se comprende el auge que ha tenido actualmente tanto el constitucionalismo de los derechos como las teorías de la argumentación jurídica, principalmente en los países de Europa continental y de América Latina, los cuales quedaron decepcionados de la idea de un Estado de derecho erigido sólo bajo el principio de legalidad, sin considerar otras piezas fundamentales para la comunidad social, a saber, los derechos humanos.

IV.- Finalidades de la argumentación jurídica

La argumentación jurídica comporta diversas finalidades, algunos autores hablan hasta de siete fines,⁴³⁰ nosotros seremos más puntuales y sólo precisaremos tres finalidades que identificamos como esenciales para el entendimiento pleno del razonamiento jurídico.

En este sentido, se precisa que seguiremos el modelo tripartito sugerido por Manuel Atienza para su teoría de la argumentación jurídica, en la que se identifican tres finalidades, en primer lugar, una de carácter teórica o cognoscitiva, en segundo lugar, una de naturaleza práctica o técnica y, por último, una de corte política o moral.⁴³¹

Se utilizará dicho modelo, ya que el mismo opera como un derrotero para la crítica directa de las teorías de la argumentación ampliamente difundidas, en concreto, por la función moral que encierran las mismas, como veremos en adelante.

1.- Finalidad teórica:

El fin teórico de la argumentación jurídica tiene que ver con la generación de un modelo cognoscitivo que describa de manera detallada, la forma en que se toman las decisiones en el derecho.

Todavía más, este fin nos lleva a analizar en qué medida el modelo cognoscitivo de la toma de decisiones jurídicas contribuye con el desarrollo de otras materias del derecho, por ejemplo, del constitucionalismo o de la filosofía del derecho. En concreto, la finalidad teórica tiene que ver con la forma en que la teoría de la argumentación jurídica nos auxilia a comprender con detalle el fenómeno jurídico.⁴³²

⁴³⁰ Por ejemplo, Ernesto Galindo identifica siete fines de la argumentación jurídica, entre los que se destaca, el que señala la definición de la posición de un hablante respecto a un posible problema, véase Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, quinta edición, México, Porrúa, 2013, p. 4.

⁴³¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cuarta reimpression, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 216.

⁴³² *Ibidem*, p. 216.

La finalidad teórica, se conecta con lo que algunos autores han llamado la “utilidad desde el aspecto descriptivo” de la teoría de la argumentación jurídica, la que como análisis conceptual de las formas argumentativas de los operadores jurídicos puede contribuir a mejorar el conocimiento profundo de la actividad por parte de los juristas, lo que por sí mismo es benéfico para el derecho.⁴³³

De esta manera, el estudio de la teoría de la argumentación jurídica tiene sentido en la medida en que puede coadyuvar a que el jurista sea consciente y tengan mayor conocimiento de su quehacer. Lo que resulta útil de dos maneras, primera, porque impulsa a armar un sistema de legitimidad de la función judicial, segunda, porque colabora a revisar y no admitir fácilmente las razones esbozadas en la toma de decisiones.⁴³⁴

Con mucho, esta finalidad puede ser atacada, señalando que la misma no hace más que presentar un esquema de erudición en torno a la argumentación jurídica totalmente ajeno a la realidad, sin embargo, se considera que la finalidad teórica sí es valiosa, ya que contribuye, como se ha señalado, a que los operadores jurídicos conozcan con rigor científico su quehacer diario y no sólo sean profesionales técnicos del derecho. Se necesita mayor preparación científica para enriquecer sus actividades en el contexto de la toma de decisiones. Con todo, la finalidad técnica nos mostrará una mejor defensa al ataque sobre la posible impracticabilidad y lejanía de las teorías de la argumentación jurídica.

2.- Finalidad práctica:

La finalidad práctica de la argumentación jurídica implica que la misma debe ser capaz de presentar una orientación útil en las actividades de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para ello, el desafío de la argumentación jurídica es ofrecer un método que permita exponer el proceso de toma de

⁴³³ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 61.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

decisiones y, además, presentar diversos criterios para evaluar su corrección.⁴³⁵

Por otro lado, la función práctica tiene dos componentes importantes, a saber, uno referente a la construcción de sistemas jurídicos de expertos en relación con los esquemas argumentativos, otro relacionado con la enseñanza del derecho en las universidades, la que señala que el proceso de difusión del conocimiento del fenómeno jurídico, debe enfocarse a enseñar a razonar o a tomar decisiones en el ámbito del derecho y no sólo limitarse a que los estudiantes identifiquen y conozcan el contenido de las normas jurídicas, esto es, del derecho positivo.⁴³⁶ Se debe optar por un proceso de aprendizaje similar al efectuado en las universidades americanas de derecho, mediante el método de estudio de casos jurídicos ampliamente difundido en Estados Unidos de América.

Ahora bien, cabe indicar que la presentación de un método para la argumentación jurídica, como sugiere la función práctica, tendría, en cierto sentido, un carácter prescriptivo, ya que además de exponer el esquema para la argumentación, se buscaría que el mismo fuera adoptado por los operadores jurídicos en su quehacer cotidiano. Aquí su naturaleza práctica, de lo contrario, seguiríamos en la función descriptiva de la teoría de la argumentación jurídica.

Dicha idea, se representa muy bien con lo que ciertos autores identifican como la “utilidad del aspecto prescriptivo de la teoría de la argumentación jurídica,” la que conlleva que el razonamiento jurídico no se limita a exponer y sistematizar cómo toman las decisiones los jueces, sino que más bien nos indica cómo deberían decidir los operadores jurídicos en casos considerados complejos.⁴³⁷

En concreto, se puede decir que la teoría de la argumentación jurídica prescribe a los operadores jurídicos que adopten en su esquema de razonabilidad, criterios de diversa naturaleza como son las consideraciones de

⁴³⁵ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 217.

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 217 y 218.

⁴³⁷ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *op. cit.*, p. 64.

consistencia y coherencia, los argumentos consecuencialistas, los precedentes judiciales existentes, entre muchos otros más⁴³⁸ (útiles todos para lograr una decisión correcta).

Para profundizar sobre el tema, se señala que los fines prácticos de la argumentación jurídica presentan dos problemas importantes, por un lado, el carácter universal e integrador de cualquier método para la toma de decisiones, por el otro, la imposibilidad de obligar a los operadores jurídicos a seguir y aplicar un método particular de la argumentación jurídica.

El primer problema, se explica porque la teoría de la argumentación jurídica, en su versión prescriptiva, presenta un grado de abstracción muy elevado que, en ningún sentido, puede eliminar el momento tan complejo que vive cualquier juzgador al emitir una decisión final en un caso real.⁴³⁹

El segundo problema, se relaciona con la crítica sobre la imposible materialización del sentido prescriptivo de la argumentación jurídica, ya que sería difícil obligar a los operadores jurídicos a aplicar cierta teoría de la argumentación jurídica, a pesar de considerarla adecuada desde la academia.

Como respuesta al primer inconveniente, se señala que en ningún momento el modelo de argumentación debe ser asumido como una receta universal de cómo tomar decisiones judiciales de forma correcta y en cualquier escenario. Si ello fuera así, el proceso argumentativo se anularía, pues bastaría con identificar la receta y aplicarla al pie de la letra para obtener el resultado deseado.⁴⁴⁰

Se trata más bien, de identificar y presentar ciertos parámetros o guías útiles para mejorar la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos. Así, queda abierta siempre la puerta a la argumentación jurídica del caso concreto, con base en las particularidades del mismo. De esta manera, es posible asumir, sin contradicción, por ejemplo, que un juez constitucional que utiliza el mismo

⁴³⁸ *Idem.*

⁴³⁹ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁴⁰ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 72.

modelo de argumentación para resolver una colisión entre el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales, en un primer caso, otorgue mayor peso al derecho de acceso a la información y, en un segundo asunto, privilegie el derecho de protección de datos personales porque las circunstancias especiales del caso así lo demanden constitucionalmente hablando.

Como respuesta al segundo problema, se señala que sí es posible obligar, bajo ciertas circunstancias, a los jueces a aplicar determinado método para la toma de decisiones, sin ir más lejos, se cita el supuesto de que el máximo tribunal de un país o alguna corte internacional, adopte a través de un criterio jurisprudencia alguna teoría de la argumentación jurídica, la cual, en consecuencia, debe ser aplicada por los jueces de rango inferior en la determinación de sus decisiones.

Con todo, en el supuesto de que no se favorezca por jurisprudencia algún método para la argumentación, se tiene otra respuesta al problema, esto es, se podría asumir una función prescriptiva débil de la teoría de la argumentación jurídica,⁴⁴¹ en este sentido, ante la inaplicación de determinado esquema de razonamiento jurídico, se buscaría desde el ámbito de la docencia e investigación, difundir las ventajas del respectivo método de argumentación entre los actuales o futuros operadores jurídicos, a fin de conseguir su adopción en el corto tiempo. Aquí la manifestación del carácter débil de la función prescriptiva que se comenta.

En suma, se manifiesta que la función práctica de la argumentación es relevante para comunidad jurídica, ya que los métodos y esquemas de razonamiento que se establezcan, pueden ser aplicados efectivamente en la toma de decisiones, con lo que se contribuiría a mejorar la labor judicial nacional; ello, con la finalidad de repercutir positivamente en la concepción que la sociedad tiene en torno a la labor jurídica.

⁴⁴¹ La idea de un criterio prescriptivo débil de la teoría de la argumentación jurídica se aborda en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 72-73.

3.- Finalidad política o moral:

La finalidad moral de todas teorías de la argumentación jurídica representa un buen elemento de crítica a las mismas, que debe plantearse para no ser absorbido, al menos, tan fácilmente por las estructuras argumentativas que se han difundido y adoptado en América Latina, de forma irreflexiva y, a veces, bajo parámetros de exclusión y olvido de la realidad regional-nacional. Veamos pues este último fin de la argumentación jurídica.

La función moral de la teoría de la razonamiento jurídica tiene que ver con la ideología (jurídica o no) que necesariamente está presente en la base de cualquier idea de la argumentación jurídica. Por ejemplo, piénsese en la preconcepción que está detrás de la teoría de la argumentación de Robert Alexy o de Neil MacCormick o de cualquier otro autor. No es complicado asumir que la valoración que tienen dichos autores está sustentada en la idea del derecho positivo de los Estados democráticos.⁴⁴²

Pero, ¿es posible asumir que actualmente exista alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral? (en el sentido ideológico) y, aún más, ¿es deseable que así lo sea? o, mejor, ¿puede no serlo en alguna forma? Este tipo de cuestionamientos surgen derivado de los diversos ataques que se han venido señalando en torno a la irracionalidad y deshumanización de las teorías de la argumentación jurídica, mismas que, según nuestra perspectiva, han sido comprendidas por los detractores como una ideología jurídica (europea).

En el ámbito internacional uno de los críticos férreos a las teorías de la argumentación jurídica (principalmente a las de MacCormick y Alexy) es Enrique Haba, para el cual dichas teorías son una ideología profesional de los operadores jurídicos, que realizan un simple embellecimiento teórico con cómodos silencios, a fin de legitimar su *modus operandi* tradicional. Todavía más, para Haba, dichas teorías son deficitarias no tanto por todas las cosas que esbozan, sino más bien por todo lo que esconden, a saber, el ser

⁴⁴² Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados señalados en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 218.

teorizaciones pseudo-descriptivas con relación a los razonamientos jurídicos que encierran el pensamiento jurídico en un cielo discursivo, dejando fuera del mismo lo pragmático, lo humano y las realidades psicosociales.⁴⁴³

En el contexto nacional, uno de los críticos más recientes a las teorías de la argumentación jurídica o, mejor, el único que lo ha manifestado abiertamente, es José Ramón Narváez, para el cual lo que rimbombantemente se denomina teoría de la argumentación jurídica poco o nada tiene que ver con el ser humano, así se pregunta ¿cómo el derecho se convirtió sólo en argumentos? y ¿cómo es que tales argumentos dejaron de tratar lo humano? Para dicho autor, el gran tema de la argumentación jurídica está fuera de la propia argumentación jurídica, ya que la misma se ha transformado en algo sumamente técnico y formal, dejando fuera los problemas más elementales de tipo antropológico.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Haba, Enrique P, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, pp. 321-360 (pp. 321, 325 y 327). Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32606/1/Doxa_33_17.pdf, página consultada el 20 de julio de 2017.

De esta forma, se ha señalado que en la presentación de su método de ponderación de principios, Alexy se vale de varios artificios formulistas que dejan escondido (bajo sus esquemas lógicos, supuestamente objetivos) el carácter ideológico que tienen las derivaciones conceptuales efectuadas mediante su método de razonamiento. *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en García Amado, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, 2010, 207-245 (original no consultado *cit.* por Haba, Enrique P, *op. cit.*, p. 324).

⁴⁴⁴ Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 53 y 54. En concreto, Narváez se pregunta ¿cómo podemos hablar de argumentación jurídica en un escenario en el que el abuso del poder es una constante, incluso entre los que imparten justicia? irónicamente señala que si la argumentación jurídica es una panacea y todos sabemos argumentar ¿por qué estamos tan mal? *Cfr.* Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, p. 19. Sin entrar a detalle en su pensamiento, se asume que efectivamente, se debe humanizar el proceso de toma de decisiones (podemos optar ahora, por ejemplo, por una justicia abierta a la sociedad), ya que el mismo se dirige a las personas a las cuales una sentencia puede restringirle sus derechos humanos. Con todo, pensamos que la respuesta a los actuales problemas sobre la argumentación jurídica con derechos humanos, no es la descalificación general del estado en que se encuentra a nivel nacional, sino más bien el diálogo constructivo y abierto con lo existente, en aras de mejorarlo o abandonarlo, si ello resulta ser lo más adecuado para la dignidad humana que, de hecho, dirige todo proceso argumentativo.

Ahora bien, realizando una parodia realista de las críticas que señalan que la argumentación jurídica es una ideología, cabría contestar de forma preliminar que posiblemente sí lo es, pues, basta con observar como la misma se asemeja a una religión. Veamos en que sentido. Una religión cuenta con un dios que la representa, como la teoría de la argumentación jurídica cuenta con un precursor (autor) que la sustenta; por otro lado, una religión tiene diversos principios que son difundidos a todos sus fieles, como la teoría de la argumentación se compone de diversos postulados que también son difundidos por sus seguidores; por otra, la religión cuenta con un ente divino que juzgará la actuación de los seres humanos en otro mundo, como la teoría de la argumentación cuenta con jueces que calificarán la actuación de las personas en el mundo terrenal; finalmente, una religión tiene un libro sagrado (corán o biblia) que reconoce los principios que deben guiar a los seres terrenales, como las teorías de la argumentación tienen un documento fundamental (i.e: Constitución) que reconoce los derechos humanos de todas las personas.

Con dicha parodia, se busca mostrar que efectivamente las teorías de la argumentación jurídica pueden asumirse como una ideología, por ejemplo, del Estado constitucional de derecho, la cual se desenvuelve bajo ideas preconcebidas de lo que es adecuado cultivar, apoyar y difundir en aras de materializar una vida digna en el propio Estado constitucional de nuestra época. En este caso, los prejuicios de los que se partiría serían la democracia, los derechos humanos, la Constitución, los jueces constitucionales y, desde luego, la dignidad humana.

En este sentido, retomando las interrogantes formuladas al inicio de este apartado, cabría presentar sus respuestas, ante la pregunta de si es posible asumir que actualmente exista alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral, la respuesta sería que no, pues partimos de algo, de nuestro entorno cultural y social, de alguna ideología, de ideas preconcebidas por ejemplo, de los derechos humanos, que son ideales constitucionales, pero a fin de cuentas ideales.

Ante la pregunta sobre si es deseable que las teorías de la argumentación sean neutrales, la respuesta es parcialmente negativa, pues no es conveniente una teoría de la decisión jurídica neutral que desestime lo humano, los ideales, lo justo, lo adecuado aquí y ahora, en otras palabras, una teoría mecanizada, la cual sería la negación de la naturaleza humana. Asumir lo contrario, nos llevaría a defender la idea de sustituir a los jueces constitucionales por unas computadoras sofisticadas que resuelvan los casos judiciales sin ninguna consideración hacia lo humano.

Se dice que es una respuesta parcialmente negativa, ya que a pesar de los prejuicios e ideología que están detrás de una teoría de la argumentación (la cual puede ser una ideología que se ha considerado adecuada para determinado momento y generada mediante un diálogo, por ejemplo, la del Estado constitucional), la teoría de la argumentación debe servir para respaldar una decisión de forma racional, razonable, objetiva y correcta, lo cual no es una contradicción, pues los jueces deben, retomando las ideas de Paul Kahn, suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decir un asunto mediante la aplicación de algún método de argumentación, lo que no elimina la posibilidad de que sean empáticos con la situación de la que conozcan o que puedan apelar a razones de diversa naturaleza (sociales, morales o culturales) para sustentar sus determinaciones.

Por otro lado, sobre la pregunta de si las teorías de la argumentación jurídica pueden ser neutrales en alguna forma, la respuesta es negativa, ya que a pesar de que los jueces pueden suspender sus creencias al momento de resolver una colisión de derechos humanos y, de esta forma, ser no ideológicos, la realidad, es que en el fondo de toda su actuación y del modelo de argumentación utilizado, hay una ideología jurídica, a saber, el ideario del constitucionalismo de los derechos humanos, el cual existe en nuestra época, por ello, es complejo señalar que se puede eliminar totalmente la misma, pues el Estado constitucional de derecho que tanto se defiende, encarna la ideología dominante del siglo XXI.

Por todo ello, nos queda reconocer la finalidad moral de la argumentación jurídica, lo cual ya es un gran avance, pues las posibles discusiones que llegarán a crearse sobre la naturaleza ideológica de las teorías de la argumentación, perderían sentido, es decir, serían discusiones aparentes. Así, se piensa que en lo que debemos enfocarnos es en someter en todo momento a la crítica y el diálogo abierto la ideología existente del Estado constitucional de derecho,⁴⁴⁵ a fin de calificar y evaluar su conveniencia o no para materializar una forma de vida adecuada (digna) para todas las personas, la preocupación debe ser en ese sentido, no si estamos frente a una ideología. El día que dejemos de practicar la autocrítica y la reflexión continúa de nuestro entorno, será el fin de nuestra propia evolución, nada más importará, seremos cómplices de la lacerante e injusta realidad que vivamos.

V.- Principales ámbitos de la argumentación jurídica

En el contexto práctico existen diversos ámbitos de aplicación de la argumentación jurídica, cada uno de los cuales podría requerir una investigación especial. El ámbito más conocido y estudiado en la literatura jurídica es el judicial, sin embargo, no es el único posible. Así, se identifican los ámbitos de la argumentación sobre los hechos, forense, legislativa, administrativa y, desde luego, judicial.⁴⁴⁶ En las páginas siguientes expondremos los puntos sobresalientes de cada instancia de la argumentación jurídica, a fin de que el lector pueda evaluar el carácter transversal que la misma refleja en todo el fenómeno jurídico. Con todo, se advierte que este trabajo de investigación se dirige sólo a uno de los ámbitos señalados, esto es, a la argumentación de tipo judicial, para lo cual se presentará un estudio

⁴⁴⁵ En el mismo sentido, Atienza señala la teoría de la argumentación debe comprometerse con una concepción (una ideología) más crítica en relación con el derecho de los Estados democráticos, véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 218.

⁴⁴⁶ Existen otros contextos de la argumentación, por ejemplo, en el ámbito de los medios alternativos de solución de conflictos, para un análisis detallado de la argumentación y la resolución alternativa de conflictos véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 709-711. Asimismo, se han indicado como ámbitos de la argumentación la que realizan las cortes constitucionales, comisiones de ética, sistemas de expertos, notarios y jurados. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 705 y 706.

especial en torno a la misma en otro lugar de la investigación. Veamos pues cada una de las instancias de la argumentación jurídica.

1.- Argumentación sobre los hechos

¿Por qué analizar una argumentación sobre los hechos? La respuesta es simple pero reveladora. En la administración de justicia se manifiesta drásticamente el problema de la verdad. Esta afirmación parece adecuada, si se considera que ninguna determinación jurídica puede considerarse justa, si se funda en una investigación falsa o errónea de los hechos relevantes del asunto, así la aplicación adecuada de la norma jurídica supone que haya ocurrido efectivamente el hecho indicado en la misma.⁴⁴⁷ Aquí el gran problema de la verdad de los hechos del pasado. De modo que, la actuación de los juzgadores en el contexto de la prueba y de lo referente a su tratamiento ha sido en todo momento motivo de preocupación.⁴⁴⁸

Con este telón de fondo, se apunta que la argumentación que se realiza en la vida jurídica es en gran medida una argumentación sobre los hechos, lo que han olvidado las principales teorías de la argumentación jurídica, las cuales se ocupan con acuciosidad de cuestiones de tipo normativo. Sin embargo, no se debe pasar por alto que la argumentación sobre cuestiones normativas, puede generar discusiones sobre los hechos, las cuales, en algunos casos revisten un carácter decisivo en la sentencia.⁴⁴⁹

El reclamo a las teorías de la argumentación jurídica ha sido patente desde tiempo atrás, por ejemplo, Perfecto Andrés afirma que lo que habitualmente se conoce como lo "fáctico" o los "hechos" ha sido particularmente descuidado por

⁴⁴⁷ Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral 20, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 13.

⁴⁴⁸ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 253.

⁴⁴⁹ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por Manuel Atienza en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...cit.*, , p. 204.

la mayoría de las teorías de la interpretación, quedando entonces a la subjetividad del intérprete.⁴⁵⁰

En este sentido, se requiere construir una teoría de la argumentación jurídica que de cuenta de los hechos en el derecho, la cual nos debería conducir, por una parte, a un mayor acercamiento a los razonamientos científicos y de la vida ordinaria, por otra, nos obligaría a entender que la teoría de la argumentación jurídica no sólo se relaciona con la teoría del derecho, sino también con la sociología del derecho, esto es, con las investigaciones de tipo empírico.⁴⁵¹

Dicha teoría de la argumentación sobre los hechos cobra relevancia en el contexto actual del derecho penal, en el que se manifiestan diversos problemas sobre la prueba de los hechos acontecidos en el pasado y la propia motivación de las cuestiones fácticas. Se podría afirmar que un modelo de argumentación sobre los hechos, es una herramienta que podría contribuir con el desarrollo y mejoramiento del nuevo sistema penal acusatorio en México, el cual ha sufrido varias críticas en los últimos tiempos.

Ahora bien, considerando las cuestiones sobre los hechos a probar en el derecho, cabe iniciar que la prueba jurídica no puede estudiarse desde la perspectiva de la noción universal de prueba, propia de las ciencias naturales. Por lo cual, se hace indispensable elaborar un modelo particular de acercamiento a la prueba jurídica, que reconozca las características particulares de la misma, a saber, que el proceso judicial puede dar sustento sólo a verdades aproximadas, pues la información disponible sobre los hechos a probar es limitada, así como que la actividad probatoria está sujeta al

⁴⁵⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, pp. 257-299 (p. 263), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-12---1992/>, página consultada el 21 de julio de 2017.

⁴⁵¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, pp. 204 y 205.

derecho, no es una actividad libre, pues las prácticas de los jueces están sometidas a las normas jurídicas.⁴⁵²

En este contexto, el modelo que se proponga para la argumentación sobre los hechos, debe realizar un análisis más detallado de las particularidades del ámbito jurídico para la formulación de la decisión sobre los hechos probados en el expediente, de manera que pueda calificarse adecuadamente el alcance de tales especificidades y las posibilidades de control racional de la propia determinación judicial.⁴⁵³

Pese a todo lo señalado, se precisa que existen autores que han asumido (desde el ámbito académico), que es posible utilizar las actuales teorías de la argumentación jurídica para atender las cuestiones fácticas, por lo que desde su visión no sería del todo necesario crear un modelo de razonamiento sobre los hechos.

En concreto, el autor González Lagier ha propuesto utilizar la teoría de la argumentación jurídica de Stephen Toulmin para dar cuenta del razonamiento sobre los “hechos a probar” y los “hechos probatorios”. De esta forma, aplicando el modelo de Toulmin al contexto fáctico, los hechos probatorios representarían las razones del argumento; los hechos a probar se identificaría con la pretensión o la hipótesis del asunto; la garantía se manifiesta con las máximas de la experiencia y las presunciones que habilitan a los juzgadores a transitar de las razones a la pretensión; finalmente, el respaldo conllevaría la información indispensable para sustentar la garantía del argumento.⁴⁵⁴

Como se puede observar, es posible argumentar sobre los hechos con base en el modelo de Toulmin, por lo que dicho esquema podría ser adoptado por los

⁴⁵² Ferrer I Beltrán, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en Cruz Parcero, Juan A y Laudan Larry (comps)., *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas- Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 75-105 (pp. 75 y 76).

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁵⁴ Lara Chagoyán, Roberto, “Argumentación en materia de hechos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003, pp. 193-206 (p. 202), disponible en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/13/r13_15.pdf, página consultada el 21 de julio de 2017.

jueces en materia penal, ya que es en dicho campo del derecho donde se resalta la argumentación de corte fáctica. Con todo, se requiere generar más y mejores métodos para la toma de decisiones sobre cuestiones empíricas, lo que se concibe como un área de oportunidad para los juristas y los sociólogos del derecho. Hasta aquí con lo manifestado sobre el ámbito de la argumentación en materia de hechos, la cual requiere, como se ha apuntado, de un estudio más detallado que excedería los fines de la presente investigación.⁴⁵⁵

2.- Argumentación forense

La argumentación forense es la que realizan los abogados postulantes que defienden causas de sus clientes antes las autoridades de cualquier tipo, con la finalidad de atender algún conflicto jurídico y, además, obtener cierto beneficio económico por parte de los clientes, con independencia del resultado obtenido, aunque, existen asuntos en los que pueden actuar de forma voluntaria y sin ningún tipo de retribución económica (*pro bono*).

Así, es indudable que los abogados requieren de la argumentación jurídica para llevar a buen puerto las causas que defiendan en cualquier área del derecho. Entre las ocasiones precisas en que recurren al razonamiento, se tiene cuando elaboran sus demandas o contestaciones a las mismas; en el momento que presentan sus alegatos o conclusiones en los procedimientos judiciales; también cuando expresan agravios con motivo la prestación de recursos ante las autoridades; asimismo, al esbozar los conceptos de violación en los juicios de amparo que interponen por violaciones a los derechos humanos de sus clientes.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Para un análisis más profundo en torno a la argumentación sobre hechos, véase Uribe Álvarez, Roberth, "Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 337-356, disponible en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/5319/1/UribeRoberth_2009_PruebaArgumentación..pdf, página consultada el 21 de julio de 2017. En dicha investigación se asume que la verdad procesal acerca de los hechos exige un trabajo dialéctico de control racional-moderado que es tanto de carácter epistémico como normativo. Cfr. Uribe Álvarez, Roberth, *op. cit.*, p. 355

⁴⁵⁶ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

Por ello, se asume que abogar es un ejercicio argumentativo, ya que no existe ningún acto que efectúe un jurista en el que se aparte de la argumentación. Así, argumenta frente a sus clientes, a fin de convencerlos de que la estrategia jurídica a seguir es la más adecuada; también, como lo hemos indicado, argumenta frente a las autoridades (i.e: tribunales y órganos de la administración) para convencerlos de que la postura que sostiene a favor de su cliente es la correcta; además, argumenta ante la parte contraria, con el objeto de refutar sus argumentos y hacer triunfar los de su cliente.⁴⁵⁷

Todavía más, en el contexto del sistema penal acusatorio, los abogados deben ser capaces de formular sus argumentos y contra-argumentos de forma oral e inmediata, lo que se ha convertido en un gran desafío para la defensa y acusación penal.⁴⁵⁸

En todos los citados escenarios, se debe buscar convencer al juez, a la autoridad o a la parte contraria que al cliente le asiste el derecho, la verdad y la razón, por lo que los juristas necesitan conocer y aplicar los métodos de la argumentación jurídica.⁴⁵⁹

A todo esto, cabe destacar que en la práctica forense los juristas recurren a la técnica de la persuasión para tratar de convencer al juez y dirigir el sentido de su decisión. Lo que, desde nuestra óptica no es adecuado, pues lo que deben buscar los postulantes es lograr la adhesión del juez y, de la parte contraria, sobre sus postulados, con el mayor y mejor número de razones, sin recurrir a cuestiones emotivas, que no aportan nada a la objetividad de la

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 115.

⁴⁵⁸ En el mismo sentido, se ha señalado que a consecuencia del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio, los abogados deben estar listos para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades, para lo cual, tiene que conocer técnicas que los auxilien a formular de manera organizada y correcta sus argumentos. *Cfr.* Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁵⁹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron postulados plasmados en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

decisión judicial. Con todo, está en el juez dejarse persuadir por los abogados de las partes o desechar ese tipo de técnicas.⁴⁶⁰

En otro orden de ideas, se resalta que en la argumentación forense, a diferencia de la argumentación judicial, no tiene mucho sentido e importancia la idea de pretensión de corrección, que algunas teorías de la argumentación presentan, por ejemplo, la teoría de Alexy. Ello, porque normalmente lo que busca un abogado es que la postura que defiende, no vulnere las normas jurídicas, en especial, las del derecho adjetivo, ni tampoco las reglas morales de su profesión (lo que puede coincidir o no con la respuesta correcta del caso), pero esto no supone erigir una pretensión de corrección, como la que sugieren diversas teorías de la argumentación jurídica.⁴⁶¹

Y no supone fundar una pretensión de corrección, porque en defensa del postulado presentado por un abogado, la argumentación que lo sustente no estará regida por los principios que materializan el discurso racional, en concreto, no se aplica el principio de sinceridad, pues el jurista postulante no tiene la obligación de decir toda la verdad, ni el deber de presentar argumentos que afectarían su postura.⁴⁶²

Con base en lo anterior, para Atienza el esquema general de argumentación forense no es el de la ponderación ni el de la subsunción, sino un razonamiento de corte instrumental (de medio a fin), en el que la premisa mayor no es una regla jurídica de fin, sino una norma que, en opinión del abogado, satisface de mejor forma los intereses del cliente, para lo cual le sugerirá al juez que realice una subsunción o una ponderación en cierto sentido. Por ende, utilizará de

⁴⁶⁰ Recordemos que la persuasión ha sido entendida como una creencia cuya certeza se apoya sobre todo en bases subjetivas, o sea privadas e incommunicables. La diferencia entre persuasión y enseñanza racional fue establecida por el propio Platón, el cual entendía que el pensamiento se genera por el camino de la enseñanza y la opinión a través de la persuasión. *Cfr.* Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, segunda edición, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 913 y 914.

⁴⁶¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 706.

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 706 y 707.

forma estratégica diversos argumentos como el de analogía, *a fortiori*, *ad absurdum*, entre muchos otros más.⁴⁶³

Con mucho, para efectos prácticos, resulta apropiado presentar una metodología para la argumentación forense, la misma se compone de los siguientes pasos: primero, se debe realizar una investigación sobre todos los hechos del caso, agruparlos y analizarlos con detalle; segundo, se identifican y ordenan las cuestiones jurídicas que plantea el asunto, asimismo, se dispone e interpreta el derecho aplicable; tercero, se presenta una propuesta de solución, que se traduce en una solicitud al juez para que decida en cierto sentido; cuarto, se comprueba y revisa la propuesta sugerida; y quinta, se redacta el escrito o documento respectivo (demanda, recurso, solicitud o lo que corresponda), siguiendo cada uno de los pasos mencionados.⁴⁶⁴

En suma, se ha señalado que las diferencias entre la argumentación forense y la judicial no son relevantes, si se asume a la argumentación únicamente desde una dimensión formal, pero adquieren notoria relevancia, si se considera a la misma desde una perspectiva material, la que se interesa por la pretensión de corrección del razonamiento y por los elementos pragmáticos (retóricos y dialécticos).⁴⁶⁵

Desde nuestro punto de vista, la argumentación forense debe encaminarse por utilizar alguno de los métodos de la argumentación judicial existentes, a fin de que los juristas postulantes puedan mejorar la defensa de los intereses de sus clientes; para lo cual deben eliminar, en la mayor medida de lo posible, la referencia a las técnicas de persuasión, las cuales no se requieren o no se deberían necesitar, al aplicarse los métodos de la argumentación judicial. Así, asumimos que las cuestiones emotivas en la toma de decisiones entorpecen y

⁴⁶³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...cit.*, p. 707.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 708. A todo esto, Atienza destaca que los elementos retóricos y emocionales son más característicos de la argumentación forense que de la argumentación de los jueces, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación... cit.*, p. 708.

⁴⁶⁵ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...cit.*, p. 708.

afectan el proceso de razonabilidad y objetividad que comporta la actividad judicial.⁴⁶⁶

Finalmente, sobre la alusión a la limitada utilización de los criterios de evaluación en la argumentación forense, se considera que es necesario difundir los mismos en la cultura jurídica nacional, para que puedan ser practicados efectivamente por los abogados en su quehacer cotidiano. De esta forma, no se comparte la idea de que la argumentación forense sea incompatible con un esquema de pretensión de corrección del razonamiento, por ello, se hace un llamado para que los abogados postulantes se comprometan más con su función y comiencen a calificar la corrección de sus pretensiones bajo el argumento consecuencialista, de la coherencia, consistencia o cualquier otro criterio de evaluación contenido en las actuales teorías de la argumentación jurídica. Con mucho, analizaremos estos temas en otro lugar de la investigación (criterios de calificación), por ahora basta con lo expuesto en este apartado.

3.- Argumentación legislativa

Es innegable que el Poder Legislativo necesita recurrir a la argumentación (al igual que el Poder Judicial), para las tareas de producción de leyes. En tal ámbito parlamentario el razonamiento desplegado frente a un auditorio particular, presenta ciertas características que requieren de una explicación concreta como lo veremos más adelante.

Ahora bien, es conocido que los legisladores argumentan frente a los miembros de un congreso para convencerlos de la oportunidad de crear o cambiar una ley, asimismo, plasman razones en las exposiciones de motivos de las leyes para lograr la adhesión de los destinatarios de las mismas, respecto a la utilidad y necesidad de ciertas normas jurídicas. Pero ¿qué tipo de argumentación desarrollan los legisladores en dichos casos? Desde luego,

⁴⁶⁶ Al respecto, se señala que la persuasión es un proceso o arte de influir o de procurar influencia, sobre las opiniones y acciones de otro, ostensiblemente por medios racionales o intelectuales, aunque su eficacia dependa en la mayoría de los casos de factores que no son racionales. De Gortari, Eli, *Diccionario de la lógica*, primera de reimpresión, México, Plaza y Valdés, 2000, p. 378.

que no se trata de una argumentación libre (como la de los jueces), ya que los parlamentarios pertenecen a un determinado partido político, por lo que representan los intereses del mismo (argumentan en su nombre, pudiendo no estar conformes con la postura que defienden).⁴⁶⁷ El citado escenario de dependencia, no se elimina (aunque sí puede disminuir) por la circunstancia de que los legisladores sean elegidos mediante las candidaturas independientes, ya que en todo caso, los mismos representan los intereses de algún grupo social particular (jóvenes, madres solteras, personas adultas mayores, mujeres, comunidad LGBTTTI, entre otros).

Bajo este sendero, se observa que el estatus normativo de los legisladores y los jueces es muy diferente, por ende, la argumentación que desarrollan, pues como se ha anunciado, los jueces son funcionarios independientes, mientras que los legisladores representan los intereses de algún sector o alguna clase social en particular. De esta forma, no es posible asumir un mismo código deontológico para ambas funciones, ya que, por ejemplo, los principios judiciales de independencia e imparcialidad no resultan aplicables a la labor legislativa.⁴⁶⁸

Para avanzar, se precisa que la argumentación legislativa ha quedado fuera del campo de acción de las teorías de la argumentación jurídica por cuestiones tanto teóricas como prácticas. Las primeras, se derivan de la consideración de las leyes como un dato fijo, esto es, como un documento del que se tiene que partir, más que un producto a elaborar. Las cuestiones prácticas, se relacionan con el hecho de que la argumentación legislativa es más compleja que la judicial, por ser más abierta y menos estructurada.⁴⁶⁹

Por ello, se requiere elaborar una teoría de la argumentación legislativa, que asuma el proceso de producción de las leyes como un esquema de relaciones entre diversos elementos como son: creadores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Todavía más, dicho proceso legislativo debe ser capaz de

⁴⁶⁷ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁴⁶⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 713.

⁴⁶⁹ *Idem.*

distinguir entre sus diversas etapas, a saber, previo a la creación de la ley, durante la creación de la ley y posterior a la emisión de la misma.⁴⁷⁰

En este sentido, cabe indicar que mediante un ejercicio creativo, Atienza ha estructurado un esquema de racionalidad legislativa integrada por seis niveles (antes sólo hablaba de cinco niveles),⁴⁷¹ que a nuestro entender puede operar como una verdadera teoría de la argumentación legislativa. Veamos pues en que consiste la misma.

La racionalidad legislativa de Atienza (teoría de la argumentación legislativa para nosotros), se asume como una estructura articulada compuesta de los siguientes seis niveles o, mejor, racionalidades: a) racionalidad lingüística, b) racionalidad jurídico-formal, c) racionalidad pragmática, d) racionalidad teleológica, e) racionalidad ética, y f) razonabilidad.⁴⁷²

La racionalidad lingüística implica que el emisor de la norma jurídica sea capaz de transmitirla con fluidez a todos los destinatarios de la misma; la racionalidad jurídico-formal tiene que ver con la necesidad de que la norma jurídica sea compatible con cierto sistema jurídico, a saber, la que la genera; la racionalidad pragmática conlleva que la conducta de los destinatarios se corresponda con los mandatos de la propia norma jurídica; la racionalidad teleológica entraña que las leyes logren los fines sociales que persiguen y protegen; la racionalidad ética supone que las conductas reguladas en las leyes, así como los fines que buscan alcanzar las mismas, se relacionen con valores sujetos a una justificación ética; y la razonabilidad refiere la exigencia de que exista un equilibrio entre los diversos fines que persiguen las leyes, así la afectación de un fin en concreto debe ser razonable.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 714.

⁴⁷¹ Hay un desarrollo notable en el pensamiento de Atienza, ya que en una obra inicial presenta su modelo de racionalidad legislativa integrado sólo por cinco niveles. Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 206. Posteriormente, en otra obra vuelve a presentar dicho modelo de racionalidad legislativa, pero ahora lo describe con base en seis niveles, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁴⁷² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁴⁷³ *Idem*.

Todo el esquema descrito, se perfeccionaría con un criterio de corrección de la decisión legislativa, el cual señala que una decisión es correcta, cuando su contenido y estructura son claros, sistemáticos, coherentes, eficaces, socialmente efectivos, moralmente adecuados y eficientes. En efecto, cuando se habla de argumentación legislativa, lo verdaderamente relevante no es el resultado de la misma, sino más bien el proceso que se sigue para llegar a un fin, esto es, la emisión o modificación de una ley.⁴⁷⁴

Pues bien, como hemos podido corroborar es posible sostener una teoría de la argumentación legislativa, la cual debe buscar, en todo momento, que la decisión que se genere pase por algún filtro de corrección (por ejemplo, el descrito anteriormente), si es que se busca materializar un sistema jurídico integrado por leyes “correctas” en el sentido de la razonabilidad.

A partir de estas ideas, se concluye que con independencia del contexto de la argumentación legislativa, esto es, su falta de independencia, sí es posible que los legisladores utilicen un método para la toma de decisiones, el cual comporta una doble naturaleza (propia de los Estados democráticos), por un lado, es un medio de defensa de la propuesta asumida por el legislador y el partido político en el que milita, por el otro, es un medio de contención en el seno interno de la agrupación política, al permitir que los legisladores puedan defender, bajo parámetros de razonabilidad, su disidencia frente a la postura asumida por el grupo parlamentario al que pertenezcan, respecto a algún proyecto de ley o modificación de ley, lo que no es una contracción para la democracia, sino más bien su razón de ser.

Bajo esta senda, un buen comienzo para la teoría de la argumentación legislativa o “racionalidad legislativa”, como la denomina Atienza, es discutir qué objetivos deben perseguir las leyes en el escenario actual; si los mismos se encuentran justificados; qué medios (no invasivos) deben utilizarse para lograr tales objetivos; qué estructura debe asumir la ley a fin de que sea coherente con el orden jurídico (compatible); y cómo deben redactarse los

⁴⁷⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

preceptos jurídicos para lograr su claridad frente a los destinatarios, esto es, que sean inteligibles a los mismos.⁴⁷⁵

En síntesis, un ejercicio de argumentación como el descrito a lo largo de este apartado, abonaría mucho a la credibilidad de los legisladores (los cuales encuentran un rechazo social generalizado desde hace bastante tiempo), en aras no de mejorar la presencia de algún partido político en la sociedad, sino, por el contrario, la forma en que se toman las decisiones políticas en México. Dichas decisiones requieren con urgencia pasar por alguna prueba de ácido, a fin de examinar su corrección (como podría ser la expuesta en este trabajo), o cualquier otra generada en el seno de las actuales teorías de la argumentación jurídica, ello, si realmente nos queremos comprometer con la ideología jurídica del Estado constitucional de derecho, en el cual todos los poderes públicos compiten por alcanzar un mismo fin, a saber, la efectiva y plena realización de una vida digna de todas las personas, al menos desde nuestra utopía teórica que deseamos se convierte en una realidad palpable en el corto plazo.

4.- Argumentación administrativa

El Poder Ejecutivo y todos sus órganos no están exentos de las teorías de la argumentación jurídica, aunque las mismas no los consideren en sus postulaciones al dirigirse esencialmente a los jueces. Pese a ello, sería absurdo afirmar que no se esbozan razones para la toma de decisiones desde el campo de la administración pública federal o local. El olvido hacia la argumentación administrativa obedece, en nuestra opinión, a dos razones, por un lado, a que los órganos administrativos no tienen la última palabra sobre sus determinaciones, ya que las mismas pueden ser sujetas a un control de constitucionalidad por parte de los jueces; por el otro, a las dificultades que revise la generación de un sólo método para la argumentación aplicable a todos los ámbitos del ejercicio de la administración pública.

A partir de estas ideas, es comprensible que los autores no se hayan interesado en desarrollar una teoría especial de la argumentación

⁴⁷⁵ Somos deudores en este párrafo de los postulados expuestos por Manuel Atienza en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 718

administrativa, la cual tal vez no sea del todo necesaria, pues se pueden trasladar los métodos para la toma de decisiones judiciales al ámbito administrativo con algunas adecuaciones apropiadas para tal contexto.

En este sentido, debemos considerar que la necesidad para recurrir a la argumentación por parte de los órganos administrativos, se presenta, básicamente entre tres supuestos; primero, cuando los mismos producen normas jurídicas de aplicación general, como reglamentos, normas oficiales mexicanas o cualquier otro tipo de acuerdos; segundo cuando resuelven algún procedimiento administrativo mediante la emisión de una resolución, por ejemplo, un recurso de revisión tercero; cuando emiten cierto acto administrativo con efectos particulares, sin ir más lejos, un crédito fiscal o una expropiación por causas de utilidad social.

En todos los escenarios descritos, los órganos administrativos están obligados a dar las razones que sustenten sus actos, las cuales, pueden ser de diversa naturaleza, por ejemplo, social, económica y principalmente del ámbito jurídico; así las cosas, se tiene que los servidores públicos integrantes del Poder Ejecutivo y, el mismo titular de éste, requieren argumentar para sustentar y defender, si así se les pide, sus posturas.

Más aún, debido a que todos los actos administrativos de carácter general y particular tiene un impacto (positivo o negativo) en la esfera jurídica de las personas, se exige su justificación, a fin de que no sean actos arbitrarios o caprichosos por parte de la autoridad administrativa. De esta manera, a través de la justificación administrativa es como se puede lograr la legalidad del acto y, además, su constitucionalidad, si se da la circunstancia de que tenga que ser calificado por la autoridad judicial, como consecuencia de alguna inconformidad por parte de los particulares que sientan que han sido afectados en sus derechos.⁴⁷⁶

Ahora bien, ¿qué tipo de modelo de argumentación es el más idóneo para el ámbito administrativo? o, mejor, ¿qué teoría de la argumentación jurídica

⁴⁷⁶ Para la redacción de este párrafo se utilizaron la ideas expresadas por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

existente debe utilizarse en la toma de decisiones administrativas? se considera que no se cuenta con respuestas exactas a dichas interrogantes. Lo cual es comprensible, toda vez que existe una diversidad de escenarios de manifestación de la argumentación en la administración pública;⁴⁷⁷ de esta manera, el método a utilizar va a depender del tipo de acto administrativo que se vaya a emitir, aunque, desde luego, todos ellos se rigen bajo el principio de justificación de la decisión.

En este sentido, a pesar de las diferencias entre los actos administrativos, es posible afirmar que, en estricto sentido, todos los métodos de la argumentación podrían adoptarse al ámbito administrativo, con ciertas adecuaciones. Con mucho, para efectos didácticos se puede hacer un ejercicio sobre qué modelo sería el más conveniente para cada acción pública. Por eso, a modo de sugerencia, se presenta el siguiente esquema tridimensional para la toma de decisiones en el ámbito administrativo, el cual, desde luego, puede practicarse bajo ciertas variaciones convenientes:

⁴⁷⁷ En este sentido, Atienza ha señalado que la argumentación efectuada por los órganos administrativos es de carácter heterogénea y, según los casos, podría identificarse, hasta cierto punto, con las argumentaciones judicial, legislativa y forense. *Cfr. Atienza, Manuel, Curso de argumentación..., cit., p. 705.*

Modelos para la toma de decisiones administrativas:			
Acción pública:	Modelo sugerido:	Beneficios:	Criterios de corrección:
Emisión de normas de carácter general	De la racionalidad legislativa de Atienza	-Propicia la claridad de la norma. -Busca la correspondencia entre norma y el sistema jurídico y entre la conducta humana y la norma. -Relación con los valores. -Equilibrio entre los fines de las normas.	-Inteligibilidad -Coherencia jurídica -Coherencia axiológica -Eficacia
Resolución de un procedimiento administrativo	Del recurso del segundo orden de justificación de MacCormick	-Aplicación de una justicia formal. -Utilización de normas que no entren en contradicción. -Propicia la compatibilidad con valores. -Evaluar los efectos futuros de la decisión.	-Requisito de universalidad -Consistencia -Coherencia -Argumento de consecuencia
Emisión de un acto con efectos particulares	Método de Toulmin	-Consideración de las máximas de la experiencia. -Adecuado respaldo del acto. -Evaluar posibles condiciones de refutación.	-Garantía -Respaldo -Excepciones

Para concluir, se afirma que es posible y deseable que los operadores jurídicos de la administración pública (federal y estatal), adopten los diversos modelos de argumentación jurídica a los actos administrativos que emitan, lo que les ayudará a mejorar el desempeño de su quehacer diario por tres razones; primera, porque podrán aplicar mecanismos de corrección a todas las decisiones que tomen; segunda, porque propiciarán que sus actos administrativos (con efectos generales o particulares) sean confirmados por la autoridad judicial, en caso de impugnaciones por parte de los particulares; y tercera, porque harán compatible su labor administrativa con los nuevos retos y desafíos que nos presenta el actual Estado constitucional de derecho.

5.- Argumentación judicial

El razonamiento judicial se conecta con la idea de motivar las resoluciones, lo cual es un deber exigente y que suscita cierta incomodidad en los

juzgadores, ya que les impone un *plus* de esfuerzo y de reflexión en sus procesos decisionales.⁴⁷⁸ Veamos con más detalle el tema.

La argumentación judicial conlleva implícitamente tres ideas, por un lado, la existencia de un problema jurídico (rutinario o paradigmático); por el otro, un proceso o metodología para la toma de decisiones de forma correcta y definitiva (aquí lo más complejo de la misma); finalmente, un ámbito particular de desarrollo o, mejor, una autoridad del Estado facultada para aplicar el anterior proceso, a saber, los jueces o tribunales (constitucionales o no), lo que dependerá de encontrarnos frente a un caso rutinario o paradigmático.⁴⁷⁹

En particular, en la instancia judicial es donde se requiere de la argumentación para resolver conflictos entre diversos sujetos, lo que incluye, desde luego, las colisiones entre derechos humanos que se puedan presentar en las sociedades pluralistas actuales. Ello es así, porque el requisito de justificación de las decisiones es, en la mayoría de los países democráticos, un derecho constitucional, el cual exige que las autoridades (en este caso judiciales) expongan de forma detallada las razones que sustenten el sentido de sus resoluciones (judiciales); todavía más, las partes en los juicios demandan argumentos que los convencan de que la decisión judicial emitida por algún tribunal es la más correcta y justa.⁴⁸⁰ Algo sumamente relevante para

⁴⁷⁸ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad EAFIT, 2011, p. 217.

⁴⁷⁹ Preferimos hablar de casos rutinarios y paradigmáticos, en lugar de la arraigada distinción entre casos fáciles y casos difíciles, ya que, en concreto, no hay casos fáciles en el derecho, todos tienen cierto nivel de dificultad. El ser rutinarios no implica que sean sencillos de resolver, aunque se trate de la aplicación de un silogismo jurídico, esto es, de una argumentación formal: premisa mayor-premisa menor-conclusión. El ser paradigmáticos supone que se debe resolver una colisión entre derechos humanos. En este sentido, cuando hablemos de casos paradigmáticos a lo largo de esta investigación tendrán el significado indicado.

⁴⁸⁰ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados expresados por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

lograr una legitimidad material de las actividades realizadas por los jueces en el seno de los Estados garantistas.⁴⁸¹

Bajo este sendero, se observa que la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica dirigen sus postulados al ámbito judicial, en concreto, a las actividades de justificación que desarrollan los tribunales constitucionales, lo que no es una causalidad, deriva del papel protagónico que suponen los jueces en los Estados democráticos de derecho, al ser los guardianes de la vigencia de las Constituciones, mismos que pueden fijar el alcance práctico de los derechos humanos y, de ser el caso, restringirlos temporalmente, aquí la preocupación e interés general por las actividades justificatorias que desempeñan.

Los ejemplos nos confirman dicho interés por la argumentación judicial, sin ir más lejos, se tienen a los siguientes autores: Chaim Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza, los que han encaminado sus investigaciones principalmente a la argumentación que se desarrolla en el seno de los tribunales constitucionales (con sus excepciones, por ejemplo, Toulmin), de esta forma, podríamos identificar sus postulados en el seno de una teoría de la decisión constitucional (más que judicial), toda vez que en Europa los tribunales constitucionales no necesariamente pertenecen al Poder Judicial, a diferencia de nuestro país en donde el tribunal constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación) sí forma parte de aquél.

Con mucho, ya se trate de una teoría de la argumentación judicial o constitucional, la realidad es que podemos ubicarlas en el mismo esquema, a saber, una teoría para la toma de decisiones por parte de los jueces

⁴⁸¹ La legitimidad material es la que los jueces van ganando día a día a través de las decisiones que emiten, las cuales son asumidas por la sociedad como correctas y justas, por ello, este tipo de legitimidad es la más complicada de conseguir y la más fácil de perder. Por su parte, la legitimidad formal, es la que se obtiene mediante el nombramiento como juez, magistrado o ministro, derivado del cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales y administrativos respectivos. Ambos tipos de legitimidad, se complementan mutuamente, aunque recientemente se le ha dado mucho interés a la legitimidad material, lo que se comprende, ya que se vive cierto descontento con las autoridades en nuestro país.

(constitucionales u ordinarios), dejando a un lado (con excepción de la teoría de Atienza y en cierto sentido la de Alexy)⁴⁸² a las decisiones emitidas en otros contextos jurídicos.⁴⁸³ Aunque, como lo hemos señalado, las mismas pueden y deberían aplicarse, con algunas modificaciones, a todos los ámbitos de la argumentación jurídica.

Con este telón de fondo, se precisa que la argumentación judicial/ constitucional, no es la más importante de todas las argumentaciones posibles en el terreno jurídico, aunque sí la más desarrollada y estudiada en las universidades del país. Para fines de nuestra investigación, se advierte que será este tipo de argumentación en la que nos centraremos, en concreto, a la que busca resolver colisiones entre derechos, a fin de cumplir los objetivos enmarcados en la propia investigación, a saber, analizar los criterios de evaluación de la argumentación desplegada en la justicia constitucional e internacional (la de los jueces). Lo anterior, no significa desconocer la relevancia que encierran las decisiones jurídicas de otros ámbitos (legislativa, administrativa o cualquier otra posible), las que en todo caso, pueden resultar beneficiadas con las propuestas y conclusiones a las que se llegue en este trabajo académico.

A. Notas sobre la decisión judicial

La argumentación judicial como proceso complejo tiene como propósito formal llegar a un resultado concreto, esto es, la emisión de una sentencia o decisión judicial, la cual debe estar respaldado por diversas razones, además de ser compatible (coherente) con el orden jurídico en la que se produzca, el cual incluye reglas jurídicas y principios o derechos humanos, mismos que

⁴⁸² Por ejemplo, según Atienza, el propio Alexy defiende que su teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, los que también sustentarían en sus escritos a los jueces, una pretensión de corrección. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 704.

⁴⁸³ En este sentido, se ha afirmado que el principal defecto de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual se desarrolló a finales de los años setenta en autores como Aarnio, Peczenick, Alexy y MacCormick, se refiere a que sólo se ubica en la justificación de las decisiones generadas por los jueces. Así, se deja fuera el análisis de diversos escenarios en los que se argumenta jurídicamente, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 703.

encuentran su sustento final en una concepción de valores de determinada sociedad (elementos axiológicos). Aquí la gran dificultad de la labor judicial en nuestros días, la cual no sólo debe desarrollarse en la legalidad, sino además y, en mayor grado, en la constitucionalidad de las determinaciones judiciales.

Asumiendo que el producto de todo el proceso de argumentación judicial es una sentencia, cabría presentar algunas notas generales sobre la misma, las que podemos aplicar de forma indistinta a las decisiones emitidas en casos rutinarios y paradigmáticos, con algunas particularidades que se irán destacando más adelante.

Para comenzar, se señala que la sentencia cumple diversas funciones, entre las que se resaltan, las siguientes: a) función controladora, que implica considerar a la sentencia como una unidad susceptible de ser evaluada desde varios ámbitos como son el académico, superior, social y el disciplinario; b) función legitimadora, que conlleva la posibilidad de que los jueces legitimen su papel social con sus propias resoluciones; c) función concretizadora, que posibilita el que las normas jurídicas generales, se proyecten en casos individuales mediante sentencias, por lo que los particulares perciben los efectos específicos de las diversas normas jurídicas existentes; d) función didáctica, que se genera *per se* con la emisión de una sentencia, ya que la misma informa a la sociedad el contenido y alcance de las normas jurídicas; e) función estabilizadora, que encierra una sentencia, ya que además de resolver un caso concreto, opera como un elemento de previsibilidad (estabilidad) para futuros casos, mediante la invocación de precedentes;⁴⁸⁴ y f) función ética, que implica considerar a la sentencia como algo positivo, moralmente hablando, ya que la misma expresa una idea de la justicia.

Como se puede apreciar, cada una de las funciones descritas son aplicables tanto a los casos considerados como rutinarios como a los paradigmáticos. De esta manera, se comprende que una sentencia emitida por una corte constitucional, que resuelva una tensión entre derechos humanos, por ejemplo,

⁴⁸⁴ Somos deudores en estos puntos de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, cumpliría las siguientes funciones subyacentes:

- Propiciar la evaluación académica de la misma, lo que abona mucho al desarrollo y crítica constructiva de la función judicial.
- Contribuir a la legitimación material de los jueces, en el contexto de la cultura de desconfianza que tiene la sociedad mexicana hacia las autoridades. Sería una gran oportunidad para que los jueces modifiquen esa cultura de rechazo hacia la función pública.
- Generar una visibilidad concreta de los efectos del ejercicio de los derechos humanos de libertad de expresión e intimidad.
- Informar el alcance y contenido de tales derechos.
- Contribuir a predecir los resultados de la ponderación de los derechos de libertad de expresión e intimidad, generando, consecuentemente, guía útiles para futuros casos.
- Presentar una idea de justicia para los derechos humanos en colisión, la cual se asuma como positiva, al encontrarse debidamente justificada la decisión frente a los titulares de los derechos en tensión y a la misma sociedad.

Por otro lado, para considerar como realmente justificada una decisión judicial, existen diversas razones que intervienen en la misma, las cuales resumimos a continuación: a) razones explícitas, que necesariamente deben figurar en la decisión; b) razones lingüísticas, su relevancia reside en que las cuestiones en torno al significado de las expresiones y palabras forman parte de los problemas jurídicos; c) razones empíricas, se utilizan para justificar cuestiones fácticas, es decir, se trata de la materialización de la argumentación sobre los hechos; d) razones sustantivas, las cuales encuentran su fuerza justificativa en las cuestiones de naturaleza moral, política, social, cultural o institucional, que también pueden presentarse en las decisiones judiciales; e) razones de corrección, mismas que se fundan en el principio de imparcialidad y equilibrio entre las partes que debe asumir el juzgador; f) razones autoritativas, implican apelar a los precedentes jurisprudenciales o a cualquier otro criterio de

autoridad, por ejemplo, normas internacionales o a la misma ciencia del derecho, a fin de apoyar el sentido de la decisión judicial; g) razones interpretativas, conllevan métodos para apoyar cierta interpretación de los textos jurídicos; y h) razones críticas, operan como una herramienta para discutir cualquiera de las anteriores razones.⁴⁸⁵

Con base en lo anterior, se aprecia que la estructura argumentativa de toda decisión judicial comporta un concierto de razones, las cuales analizadas en su integridad adquieren una fuerza notable para justificar una decisión en casos rutinarios o paradigmáticos. Ahora bien, entre dichas razones, cabría incorporar las de tipo jurídico, las cuales informan y dirigen todo el modelo de toma de decisiones.

A partir de estas ideas, se comprende la difícil tarea que tienen los jueces a la hora de justificar sus decisiones, pues éstas deben conformarse con un abanico de razones subyacentes a los argumentos jurídicos, a fin de lograr el convencimiento de las partes en conflicto y, además, de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, cabría preguntarnos ¿cómo se establece el peso de las razones en la decisión? para contestar dicha interrogante se parte de la idea de que existen argumentos fuertes y débiles, los cuales contribuyen, en cierto grado, a respaldar la decisión, por lo que no es conveniente dejar a un lado los argumentos débiles, ya que encontrarán su fuerza y poder al agruparse con otro tipo de razones, de ahí que se hable de un concierto articulado de razones en las sentencias judiciales.

Con mucho, entre los elementos que se tienen para establecer la fuerza de los argumentos, se destacan los siguientes: a) el mayor grado de aceptación de los argumentos expuestos a un auditorio, el cual dependerá de que el juez y las partes (auditorio) compartan el mismo sistema de valores y principios; b) la pertinencia de las razones para los fines que busca alcanzar el juez, es decir, la adecuación entre los argumentos y lo que se resuelve o el sentido de la

⁴⁸⁵ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados formulados por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 147, 148 y 149.

sentencia; c) la resistencia de las razones a todas las refutaciones emitidas en su contra (contra-argumentos), desde todos los escenarios, por ejemplo, las que presente una autoridad superior, una contraparte o la misma sociedad.⁴⁸⁶

Pues bien, existen muchos otros criterios a considerar para calificar la fortaleza o debilidad de un argumento, que no resulta necesario describir a cabalidad en este trabajo, lo relevante de este tópico es que el lector identifique la importancia de que los jueces consideren diversas razones al momento de justificar sus decisiones. La argumentación judicial es una actividad muy completa y demandante, que requiere una capacitación y desarrollo constante por parte de los decisores judiciales en diversos campos del conocimiento, se debe, al menos, ser consciente de ello, si se pretende sobresalir en la función judicial.

Por otro lado, se resalta la importancia de la comunicación del mensaje de la sentencia por conducto de los jueces, la cual debe buscar convencer a las partes de su contenido, por medio de diversas razones que la respalden, a fin de eliminar cualquier tipo de autoritarismo judicial. Los elementos para la comunicación de la sentencia son tres: destinatarios, lenguaje y el texto de la sentencia.⁴⁸⁷

Los destinatarios de la misma no son sólo los abogados de los clientes que analizarán la sentencia, sino más bien las partes a las que se dirige, esto es, los que intervinieron en el conflicto o colisión de derechos, por lo que los decisores deben pensar en éstos como reales destinatarios de la sentencia, para lo cual están obligados a hacer accesible la comunicación. Todavía más, se tienen como destinatarios de la comunicación, a la opinión pública, esto es, la sociedad, así como a los profesores y estudiantes de derecho, los cuales utilizarán las sentencias para fines de didácticos y de crítica libre.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁸⁷ Somos deudores en este punto de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁸⁸ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados formulados por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

El lenguaje es muy importante en la sentencia, considerando el tipo de destinatarios de la misma, por ello, los decisores deben esforzarse por utilizar un lenguaje que sea entendible para juristas y no juristas, se sugiere evitar tecnicismos innecesarios y frases rimbombantes que sólo se llegan a utilizar para demostrar cierto grado de erudición y que no abonan nada a la comprensión de la sentencia, se exige un lenguaje claro, sencillo y accesible para toda la sociedad.⁴⁸⁹

Por lo que respecta al texto de la sentencia, se tienen como recomendaciones de forma, el que la misma sea clara, asequible y concreta; se deben usar títulos para separar el contenido de la misma; se tiene que redactar un argumento por cada párrafo y evitar el uso abusivo del gerundio. Como recomendaciones de fondo, en la sentencia hay que desarrollar de forma exhaustiva los argumentos de uno en uno, a fin de cumplir con el requisito de saturación; se deben construir premisas sobre los hechos y el derecho, las primeras respaldadas por pruebas, las segundas en las normas jurídicas y sus interpretaciones jurisprudenciales; finalmente, se sugiere utilizar líneas argumentativas (conjuntos parciales de razones) dirigidas a defender o atacar una tesis.⁴⁹⁰

Con base en todo lo señalado, se puede ubicar la complejidad que engloba el razonamiento judicial, el cual debemos seguir analizando en aras de contribuir a su desarrollo, para ello, en las páginas siguientes se hará un estudio de los diversos criterios de evaluación que postulan algunas teorías de la argumentación jurídica (que bien podríamos denominar teorías de la argumentación judicial), antes de ello, se presentarán diversas consideraciones generales en torno a la evaluación de la argumentación jurídica, para lo cual, se aclara que para los fines de esta investigación, se identificará con el razonamiento judicial.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 201.

⁴⁹⁰ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

VI.- Sobre la evaluación de la argumentación jurídica

¿Son las teorías de la argumentación jurídica un tema agotado? o, mejor, ¿Hemos analizado en toda su complejidad el proceso de toma de decisiones judiciales en nuestro país? tal vez alguien sensato podría afirmar que ya no tenemos nada por delante en torno al razonamiento jurídico, pues, ya todo se dijo, basta con mirar las obras que constantemente surgen sobre argumentación jurídica, tanto a nivel nacional como internacional que parece hasta una moda académica escribir sobre el tema.

Con estas interrogantes e inquietudes iniciamos el desarrollo de este apartado, por lo que a modo de repuestas preliminares a las mismas, se indica que, a pesar de la constante producción científica sobre la materia, la argumentación jurídica no está definida, ni mucho menos agotada, ya que, desde nuestra perspectiva, ha faltado un análisis más comprometido con las cuestiones sustanciales del razonamiento, a saber, mejorar la evaluación o calificación de las decisiones judiciales, pues no basta con presentar un modelo para la argumentación, se requerir además fiscalizar de forma interna y externa el mismo, en otras palabras, calificarlo. Bajo este sendero, se observa que no hemos caracterizado en toda su complejidad el proceso decisorio, pues la mayoría de las investigaciones detallan los modelos actuales de argumentación, pero omiten dialogar, analizar y criticar los criterios para su evaluación (la pretensión de corrección como técnicamente se le conoce), que en nuestra opinión constituyen una parte esencial del razonamiento judicial.

Repasemos estas ideas con un ejemplo, imagine que usted tuviera que resolver, en su carácter de autoridad judicial, una colisión entre dos derechos humanos que le han planteado las partes en un caso concreto. Como se asumiría, conoce a detalle diversas teorías de la argumentación jurídica, para lo cual decide aplicar la de Manuel Atienza, porque ha tenido mucho difusión en México; en ese sentido, sabe que la misma se compone de diversos pasos a seguir para tomar una decisión correcta, pensemos que los sigue al pie de la letra, además de presentar diversas razones para sustentar su postura y llega, finalmente, a un resultado, decantándose por la restricción (temporal) de un

derecho humano y la plena vigencia del derecho que juega en sentido contrario.

Con base en lo anterior, de cara a las partes y la sociedad, parecería que ha cumplido su función de forma adecuada, pues presentó diversas razones para sustentar la restricción de un derecho humano en aras de lograr el ejercicio de otro derecho humano, mediante la utilización del método de Atienza. Nadie pues, en escrito sentido podría decir que su decisión es incorrecta y se podría dar por terminado, aparentemente, el proceso decisorio.

Pero ¿ha cumplido realmente con su responsabilidad de justificar adecuadamente su sentencia? si la respuesta es afirmativa, como se esperaría, cabría hacernos otra interrogante ¿cómo verificó dicha circunstancia? o ¿qué parámetros utilizó para comprobar interna y externamente la corrección de su decisión? Estos son los grandes problemas en el ámbito de la argumentación jurídica (no el modelo que se establezca para resolver una tensión de derechos humanos). De esta manera, se asume que el proceso de justificación judicial no se representa con un simple seguimiento de cierto método para la toma de decisiones, ello es sólo un paso, pero se exige más compromiso en la emisión de una decisión, a saber, el pasarla por algún filtro de corrección, esto es, fiscalizarla, a fin de asegurar que la determinación emitida es efectivamente la más correcta, no sólo por estar respaldada por una abanico de razones de diversa naturaleza, sino, además, porque logra acreditar cada uno de los criterios de calificación o evaluación que se establezcan al respeto.

Bajo este sendero, si bien en nuestro país todos son expertos en argumentación jurídica, así los demuestra la demanda de cursos, especialidades y maestrías sobre el tema en el ámbito nacional e internacional y las hojas de vida de los egresados de los mismos, cabría preguntarnos ¿qué tipo de criterios de la argumentación jurídica están utilizando? más aún ¿qué mecanismos de fiscalización interna y externa del razonamiento judicial reconocen y aplican? y ¿es necesario generar nuevas líneas de investigación sobre la calificación de la argumentación jurídica?

Todas estas preguntas de investigación se buscarán resolver a lo largo de este trabajo, por ahora, cabe indicar que existe desinterés en nuestro país sobre los criterios de evaluación de la argumentación jurídica o, tal vez, se asumen implícitamente, sin reparar en los mismos, pues se observa que efectivamente se han aplicado criterios de evaluación por parte de Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque es conveniente preguntarse si ¿existe alguna preferencia en la utilización de los mismos por parte de dichos órganos jurisdiccionales? lo que parece afirmativo, ya que ha adquirido carta de naturalización el principio de proporcionalidad de Alexy, por lo que se esperaría, paralelamente, una justificación de dicha preferencia.

Con mucho, se considera que necesitamos mejorar (perfeccionar) el ejercicio de la evaluación de la argumentación jurídica, generando nuevos parámetros o líneas de calificación que sean apropiadas a nuestro contexto y de fácil operatividad para beneficio de los derechos humanos de las personas y no para exteriorizar cierta erudición jurídica, la cual, como se ha afirmado no abona nada a la idea de justicia abierta que demanda la sociedad mexicana.

Partimos de la postura de que no debemos ser simples replicadores nacionales de las teorías de la argumentación jurídica formuladas en otros contextos, sino más bien críticos constructivos de las mismas, para lo cual, un buen inicio es reflexionar sobre los criterios de evaluación que postulan y, de ser posible, dialogar con los mismos, con el objetivo de ubicar y aislar sus mejores elementos, los que pudieran ser adoptados en el seno de la toma de decisiones judiciales en nuestro país.

Ahora bien, se resalta que a pesar de la existencia de diversos criterios objetivos de evaluación de la argumentación jurídica (los que analizaremos más adelante), ello no significa que con la simple aplicación de los mismos, se puedan resolver todos los inconvenientes de la calificación y fiscalización del proceso de razonabilidad judicial, una tarea por cierto sumamente compleja. Lo anterior, ya que los criterios de corrección son insuficientes; algunos comportan dificultades en su materialización (como se verá al estudiar ciertos casos

prácticos); otros más son discutibles en varios de sus elementos; finalmente, algunos son excesivamente indeterminados. Todo ello, sin considerar que entre los mismos criterios pueden surgir contradicciones.⁴⁹¹

Con todo, en nuestra opinión, existen argumentos (positivos) para comenzar con su análisis bajo una perspectiva transversal, crítica y propositiva, a fin de contribuir con el mejoramiento de la toma de decisiones judiciales en nuestro país, con independencia de que se llegue o no a resolver los mencionados inconvenientes que supone la aplicación de los diversos criterios de evaluación de la argumentación jurídica.

De esta forma, se comparte el postulado respecto a que la insuficiencia de los criterios de corrección de la argumentación para atender todos los problemas en torno a la evaluación de la misma, puede o debería asumirse como una llamada a la concepción de razonabilidad que se conecta con la idea de aceptabilidad, equilibrio, balance entre diversas exigencias y articulación óptima.⁴⁹² Elementos que se deben considerar al momento de analizar los criterios de pretensión de la corrección de las decisiones judiciales, si se quiere avanzar en el tema, desde un modelo ecléctico, que considere los diversos postulados, elementos e ideas planteadas por las teorías de la argumentación jurídica.

Pues bien, una vez explorado el panorama general sobre los criterios de evaluación en la argumentación, estamos en posibilidad de describir, concretamente, los que han esbozado y defendido algunas teorías de la argumentación jurídica, lo cual será útil para nuestra investigación en dos sentidos, primero, para analizar el estatus actual sobre los parámetros de evaluación en el contexto global, segundo, para ubicar el grado de importancia que las teorías de la argumentación jurídica le otorgan a los criterios de corrección. Veamos pues estos temas fundamentales para los fines de nuestro trabajo.

⁴⁹¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 562.

⁴⁹² Somos deudores en este punto de los postulados expresados por Manuel Atienza en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 563-564.

VII.- Teorías de la argumentación jurídica que establecen criterios de corrección

1.- Epígrafe

Toda investigación que analice las teorías de la argumentación jurídica y sus criterios de corrección, debe partir del hecho de que el producto del proceso argumentativo, por ejemplo, una sentencia, requiere una revisión posterior (inmediata) efectuada por el mismo sujeto o sujetos que han participado en dicho ejercicio, a fin de evaluar (objetivamente o lo más objetivamente posible) el resultado final que deriva de la propia argumentación.

Así, la evaluación es una fase sumamente importante en la justificación judicial, ya que la misma opera como un puente entre la decisión y su aceptación (particular y social), al fungir como un esquema de fiscalización que sólo permite el paso de las decisiones más correctas, esto es, las más razonables, por ser las mejor sustentadas en un abanico de razones que no fueron vencidas en el proceso de contra-argumentación.

De ahí que sean varios los autores que se han preocupado por establecer en sus teorías de la argumentación diversos criterios de corrección, por ejemplo, en orden de aparición se tienen las esbozadas por: Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick, Manuel Atienza, John H. Wigmore, entre otras más. Ahora bien, pese a la diversidad de autores y teorías, se aclara que no será nuestra finalidad exponer cada una de las teorías existentes en torno a la justificación judicial y sus esquemas de fiscalización, sino más bien nos enfocaremos en precisar sólo algunas teorías que podemos identificar como precursoras de las demás postulaciones académicas.

Las teorías de la argumentación jurídica con criterios de corrección que analizaremos en el presente trabajo serán las de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van den Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. La elección de dichos autores se sustenta en las siguientes razones: a) los postulados de Neil MacCormick y Robert Alexy son informadoras de la mayoría de los criterios de evaluación que se han establecido en el ámbito teórico y

práctico, por ejemplo, por parte de autores como Manuel Atienza⁴⁹³ y Aleksander Peczenik,⁴⁹⁴ b) la teoría de Robert Alexy ha adquirido carta de naturalización en nuestro país y en la mayoría de los países de América Latina, derivado de lo cual, es necesario identificar el modelo de corrección que defiende, c) la teoría de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst esboza un esquema de evaluación con rigor científico que ha sido poco explorado en nuestro país, por lo que se estima de gran utilidad su análisis y difusión en el contexto nacional, d) los postulados de Manuel Atienza se corresponden con algunas de las ideas asumidas en este trabajo, en concreto, con la que asume un papel de la moral en la toma de decisiones judiciales.

El esquema que se ha elegido para representar cada uno de los postulados defendidos por dichos autores, será el siguiente: en primer lugar, se expondrán los criterios de evaluación o corrección que asume cada teoría de la argumentación, en segundo lugar, se realizará un análisis crítico de los mismos, en donde rescataremos los principales inconvenientes de cada criterio o parámetro de corrección de la argumentación. Ello, en el entendido de que no describiremos todos los postulados de las teorías, lo cual rebasaría los fines de la presente investigación.⁴⁹⁵

2.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Neil MacCormick

A. Presentación

Neil MacCormick es uno de los autores que ha esbozado diversos criterios para evaluar la corrección o no de la argumentación que se emita para

⁴⁹³ Una de las preocupaciones de Atienza tiene que ver con los criterios de evaluación de la argumentación, dicho autor identifica los siguientes: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada (De los cuales los tres primeros fueron expuestos por MacCormick). Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 554.

⁴⁹⁴ Para Peczenik la mejor ponderación es la más coherente, así un discurso es perfectamente racional sólo si su resultado está determinado lo más posible por razones coherentes. La idea de coherencia se corresponde con la teoría de MacCormick. Cfr. Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, primera reimpression, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, pp. 8 y 47.

⁴⁹⁵ Para un análisis más amplio de las teorías de la argumentación jurídica véase Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit.

sustentar alguna determinación judicial, lo cual nos permite afirmar que su teoría reviste cierto grado de sofisticación en comparación con algunas otras, por ejemplo, la de Toulmin, ya que MacCormick no sólo presenta un modelo para argumentar, sino que además identifica diversos elementos para fiscalizar la corrección de la argumentación.

De esta forma, su modelo de corrección ha sido replicado por autores contemporáneos como Atienza, aunque en México, cabe decir que no ha tenido el auge y reconocimiento que se le ha otorgando en el contexto académico, pues basta con observar la línea jurisprudencial seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para percatarnos que la teoría del Neil MacCormick no ha sido tan utilizada para sustentar las decisiones que resuelvan una tensión entre derechos humanos.

Sin entrar a detalle en el pensamiento del autor que se comenta, se señala que los criterios de evaluación de la argumentación, que también pueden ser asumidos como por principios, son básicamente los siguientes: universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias.⁴⁹⁶

El parámetro de universalidad tiene que ver con la noción de justicia formal, la cual conlleva que la justificación de las decisiones en casos concretos debe estar basada siempre en proposiciones universales, mismas que el juez está preparado para asumir como una base en la determinación y decisión de otros casos similares al asunto presente.⁴⁹⁷

El criterio de consistencia se comprende frente a un cuerpo de normas jurídicas, en concreto, señala que una decisión no debe ser adoptada si la misma es contradictoria con alguna regla válida y enlazada con el sistema jurídico. Desde luego, un precedente aparentemente contradictorio debe ser explicado y distinguido para evitar tal contradicción o un estatuto

⁴⁹⁶ Las criterios de evaluación se desarrollan en MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 97, 99, 106, 107, 108-128. Traducción propia.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 99.

aparentemente contradictorio interpretado de una forma que se evita tal contradicción.⁴⁹⁸

El parámetro de coherencia implica la compatibilidad de una decisión o una norma en relación con valores, principios y teorías. De esta manera, una norma o decisión es coherente si puede entenderse bajo un conjunto de principios y valores, a saber, los del ordenamiento jurídico.⁴⁹⁹ Así, las normas son o deben ser tratadas como instancias de principios, a fin de que el sistema adquiriera un grado de coherencia.⁵⁰⁰

El criterio de consecuencias se enfoca hacia el futuro, a diferencia del parámetro de coherencia que se basa en el pasado, en los argumentos consecuencialistas lo que justifica emitir una decisión o norma en cierto sentido es la consecuencia que va producir.⁵⁰¹ Se trata, en otras palabras, de identificar los efectos que una decisión judicial generará en el futuro para las partes y la misma sociedad, la cual se encuentra sujeta a un orden jurídico determinado.

Un modo de argumento de este tipo considera las consecuencias de realizar una decisión en un camino o en otro, para la extensión, por lo menos de los tipos de decisión que tendrían que ser dados en otros casos hipotéticos, los cuales podrían ocurrir y vendrían dentro de los términos de la decisión.⁵⁰² Así, para MacCormick hay buenas razones para suponer que los jueces deben considerar y evaluar las consecuencias de las diversas alternativas en las decisiones judiciales.⁵⁰³

Ahora bien, cabría señalar que todos los anteriores criterios de evaluación de la argumentación jurídica, se explican con base en la idea del segundo orden de justificación en el derecho de MacCormick. En tal orden de

⁴⁹⁸ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁹⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 556.

⁵⁰⁰ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁰¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 557.

⁵⁰² MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 129.

justificación se encuentra el test de relevancia de la decisión, el cual señala que la misma debe hacer sentido con el mundo (criterio de consecuencias) y con el contexto del sistema jurídico (criterios de consistencia y coherencia).⁵⁰⁴

Con base en todo lo anotado, se comprende el nivel de estructuración del esquema de corrección que presenta el autor que se comenta, para el cual una decisión debe acreditar cada uno de los criterios (universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias), si quiere ser caracterizada como correcta. En el siguiente apartado presentaremos un ejemplo de aplicación de cada uno de los criterios esbozados con la intención de evaluar su aplicación práctica.

B. Ejemplificación

Los parámetros de evaluación de la argumentación de MacCormick pueden ser puestos en acción mediante un caso hipotético que podría darse en el contexto mexicano, así imaginemos que somos jueces y tenemos que resolver un problema de tensión entre dos derechos humanos que ha sido llevado a nuestro tribunal, veamos pues los hechos del caso (hipotético) y los derechos involucrados:

Se trata de un particular que solicitó información sobre el estado de salud del Presidente de la República que ha sido sometido a una cirugía en el hospital central militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, aludiendo que es relevante conocer si el correcto ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo pudiera afectarse como consecuencia del estado de salud del Presidente. Para lo cual, el sujeto obligado (hospital central militar) se negó a brindar la información solicitada por el particular, aludiendo que se trata de datos personales sensibles del Presidente de la República que han sido clasificados como información confidencial de conformidad con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los derechos humanos en colisión son, por un lado, el derecho del particular al libre acceso a la información reconocido en el artículo 6o de la Constitución de la República y, por otro, el derecho humano de protección de datos

⁵⁰⁴ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por MacCormick en MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 103.

personales del Presidente de la República reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política.

Pensemos ahora que después de un amplio análisis del caso y de la utilización del método de MacCormick para la toma de decisiones judiciales, se logra presentar un abanico de razones (las cuales no fueron derrotadas con los contra-argumentos esgrimidos), derivado de lo cual, se llega a la siguiente determinación: *debe prevalecer el derecho humano de acceso a la información pública del particular sobre el derecho humano a la protección de datos personales del Presidente de la República.*

Como lo hemos asumido, la decisión debe ser evaluada, esto es, sometida a un test de corrección, así, para efectos didácticos, a continuación fiscalizaremos tal decisión con base en cada uno de los criterios de corrección de MacCormick:

Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick:

Criterios de corrección:	Acredita el criterio:	Por qué lo acredita:
Universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en proposiciones de aplicación universal como lo es la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su artículo 120 establece excepciones a la no divulgación de información confidencial, por lo que la decisión es justa formalmente hablando.
Consistencia	Sí	La decisión emitida no se contrapone con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ni con la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, ya que, por ejemplo, la primera permite el acceso a la información confidencial, sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de la información, cuando su pretenda proteger los derechos de terceros (artículo 120, fracción IV). En el caso concreto, el derecho humano de acceso a la información pública.
Coherencia	Sí	La determinación es compatible con ciertos principios, como es el contenido en el artículo 6o de la Constitución Política, que reconoce el derecho humano al libre acceso a información plural y oportuna.

Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick:

Consecuencias	Sí	Antes de tomar la decisión, se analizaron los efectos de la misma en la sociedad y el particular afectado en su derecho de protección de datos personales, asimismo, se proyectaron los efectos de la decisión en el otro sentido (afectando el derecho de libre acceso a la información), a fin de evaluar todas las consecuencias positivas y negativas de la decisión en uno y otro camino, en el contexto del Estado constitucional democrático.
---------------	----	--

Como se observa, la resolución dada al caso hipotético puede ser calificada de correcta, ya que ha logrado acreditar con éxito cada uno de los criterios de corrección del método de MacCormick, por lo que los mismos se asumen como una guía útil para la revisión y fiscalización de las decisiones judiciales.

C. Estudio crítico

Pese a la utilidad e importancia del test de corrección del MacCormick, cabría hacer algunas críticas al mismo en el seno de la argumentación jurídica nacional.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que el mismo es evidente, ya que en el ámbito jurídico toda determinación debe sustentarse en una proposición universal, a fin de generar seguridad jurídica a las personas a las cuales se dirige, así, la justicia formal, es una idea patente en el derecho, por lo que tal criterio no aporta mucho al test de fiscalización de las decisiones judiciales.

Respecto al criterio de consistencia, se observa que el mismo ha sido superado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional contemporáneo, ya que es posible emitir una decisión judicial que se aparte de las reglas del sistema jurídico, en concreto, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos humanos, de esta

manera, los jueces de todos los niveles y materias están habilitados para inaplicar las reglas válidas del sistema cuando sean contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México, los cuales constituyen un parámetro de control de regularidad constitucional, en términos de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el criterio de coherencia, cabe decir que el mismo comporta una naturaleza difusa, ya que más allá de los principios contenidos en la Constitución (derechos humanos), resultaría complicado y, en cierto sentido, arbitraria, la elección de los valores que fungirían como parámetros rectores de la decisión judicial adoptada, pues los mismos son variables de cultura a cultura, ello, sin considerar las dificultades de su identificación.

Finalmente, respecto del criterio de consecuencias, se observa que resulta de compleja realización en el ámbito mexicano, derivado de la excesiva carga de trabajo que todos los tribunales tienen en nuestro país, de esta forma, aunque exista interés de los decisores en realizar un ejercicio prospectivo de la sentencia que emitan, no cuentan con el tiempo, ni los recursos humanos para realizar tan importante labor de evaluación de las consecuencias y efectos que sus sentencias puedan generar para casos futuros y para la mismas partes en conflicto.

En este sentido, Atienza ha juzgado también dicho parámetro de corrección, al señalar que el mismo comporta una gran dificultad, ya que se trata de predecir efectos y estado de cosas hacia el futuro, por ello, propone interpretar de forma restringida el criterio de las consecuencias, de cara a la eficacia económica. Así, una decisión judicial correcta (justificada) será la que mejor posibilite la maximización de la riqueza en la sociedad, dicha idea la relaciona con la optimización en el contexto paretiano, la cual asume que una distribución

de recursos es preferible a otra, si ninguna persona empeora su situación y al menos una la mejora.⁵⁰⁵

Pese a las anteriores críticas, se considera que es necesario seguir profundizando en el tema, a fin de rediseñar los criterios de evaluación de MacCormick y adaptarlos, en la medida de lo posible, a las necesidades de nuestro país, pues no somos partidarios de la simple descalificación, sino que más bien buscamos el perfeccionamiento de las ideas planteadas por otros autores, así, asumimos que pese a los inconvenientes identificados, el esquema planteado por el autor escocés tiene muchos méritos. Con todo, en otro lugar de la investigación analizaremos la forma en que los jueces han ido aplicando los criterios de calificación de MacCormick.

3.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Robert Alexy

A. Presentación

Las ideas de Robert Alexy han tenido amplia aceptación por parte de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito y de los jueces de Juzgados de Distrito de nuestro país, lo cual no es una casualidad, dicho fenómeno obedece a la abundante difusión que ha tenido el pensamiento de Alexy en toda la región interamericana, pensamiento que a veces ha sido adoptado, sin reflexionar sobre las diferencias radicales que existen entre el orden jurídico Alemán y los órdenes jurídicos de la mayoría de los países de Latinoamérica.

Con independencia de tales inconvenientes, se señala que no será nuestra finalidad presentar un análisis exhaustivo de la teoría de la argumentación

⁵⁰⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 558. Bajo este sendero, se interpretaría entonces que para Atienza, la decisión judicial mejor justificada es la que logra una distribución de recursos en donde ninguna persona empeora su situación actual y alguna la mejora. Lo cual, parece adecuado en cierto tipo de decisiones, por ejemplo, las que tienen que ver con la propiedad o los recursos financieros, pero no en el seno de las sentencias que tratan temas ajenos al ámbito económico, como sería la que resuelve una colisión entre el derecho de libre acceso a la información y el derecho de protección de datos personales. Con mucho, la idea implícita que se tiene en la concepción de Atienza es compatible con las teorías sobre el análisis económico del derecho. Para un estudio nacional de tales perspectivas véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.

jurídica del autor alemán, aunque sí se buscará resaltar los criterios de evaluación que ha presentado el modelo de toma de decisiones de Alexy, a fin de poder asumir una postura crítica sobre los mismos, en el seno del orden jurídico nacional.

Los criterios de corrección de la argumentación jurídica propuestos Robert Alexy, pueden identificarse en dos formulaciones teóricas, por un lado, en las reglas y formas del discurso jurídico, las cuales encuentran respaldo, en cierta medida, en las reglas y formas del discurso práctico general,⁵⁰⁶ por el otro, en la teoría de los principios, la cual se explica en el contexto del principio de proporcionalidad.⁵⁰⁷

En este sentido, el propio Alexy ha asumido que la idea de argumentación jurídica racional, se corresponde con la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que tiene que adoptar la argumentación para que cumpla sus pretensiones. En concreto, para dicho autor, si una discusión jurídica es compatible con tales reglas y formas, el resultado que se obtenga de la misma puede calificarse como correcto.⁵⁰⁸

Por su parte, la teoría de los principios se subdivide en tres tesis: a) optimización, b) colisión y c) ponderación, en la primera tesis, se presenta un

⁵⁰⁶ Como ejemplos de reglas del discurso práctico general, se tienen las siguientes: a) ningún hablante puede contradecirse, b) todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree, c) todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *A* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *A* en todos los aspectos relevantes, y d) distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con diversos significados. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 405 y 406.

⁵⁰⁷ En México, se conoce a Alexy por su teoría de los principios, en particular, por el desarrollo del principio de proporcionalidad, aunque, algunos criterios relevantes de corrección se encuentran en las reglas y formas del discurso jurídico. Con todo, para un estudio detallado de la teoría de los principios véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95-103.

⁵⁰⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 401.

concepto de principios que los identifica con los mandatos de optimización,⁵⁰⁹ de la cual se obtienen, a su vez, tres criterios de corrección de la argumentación jurídica (idoneidad, necesidad y ponderación), los que se han adoptado de forma universal y, a veces, de manera irreflexiva, en el ámbito de la toma de decisiones judiciales en nuestro país. En la doctrina vigente, los tres criterios de corrección señalados, se desprenden del principio de proporcionalidad, de ahí, que se les identifica como subprincipios de tal principio.⁵¹⁰

Ahora bien, antes de describir los criterios de corrección de Alexy, se aclara que para efectos de nuestra investigación, sólo esbozamos las reglas y formas del discurso jurídico que consideramos menos problemáticas, es decir, de fácil aplicación en cualquier ámbito jurídico, con todo, reconocemos el esfuerzo intelectual del autor que se comenta, para identificar diversas reglas y formas complejas del discurso especial del derecho.⁵¹¹

Con base en el estudio de las dos formulaciones teóricas de Alexy (reglas y formas del discurso jurídico y la teoría de los principios), se pueden obtener los siguientes criterios de corrección o calificación de la argumentación:

- Regla de universalidad: que señala que para la justificación de una decisión judicial, se debe expresar por lo menos una norma universal, lo que implica,

⁵⁰⁹ La difundida conceptualización de los principios de Alexy, señala que los mismos son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, a diferencia de las reglas, las cuales ordenan hacer exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p. 95. Las posibilidades fácticas conducen a los subprincipios de idoneidad y necesidad, por su parte, las posibilidades jurídicas, se representan con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, con la misma ponderación. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁵¹⁰ Por ejemplo, Alexy señala que si la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad significa entonces que sus tres subprincipios, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen necesariamente de ella o son deducibles de ella en una forma estricta. De esta manera, quien objeta la teoría de los principios tiene que objetar también el principio de proporcionalidad. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p.101.

⁵¹¹ Todas y cada una de las reglas y formas del discurso jurídico se desarrollan en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, pp. 408-412.

que la decisión deba seguirse lógicamente al menos de una norma, enlazada con otras proposiciones.⁵¹²

- Regla de saturación: la cual esboza que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse entre los cánones de la interpretación.⁵¹³
- Regla del precedente: la cual esboza que cuando pueda aludirse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse necesariamente.⁵¹⁴
- Subprincipio de idoneidad o adecuación: Este subprincipio excluye la adopción de medidas que vulneren un derecho constitucional, sin promover algún derecho u objetivo por los que se adoptaron tales medidas.⁵¹⁵

El subprincipio se desarrolla en dos ámbitos para determinar la licitud de la intervención de un derecho humano, primero, la medida de intervención debe cubrir un fin legítimo, segundo, la medida debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizar tal fin.⁵¹⁶

En este sentido, el subprincipio de idoneidad tiene la naturaleza de criterio negativo, a través del cual se pueden detectar qué medios no son idóneos, de esta forma, el subprincipio no lo establece todo, sino más bien excluye algo, esto es, los medios no idóneos, lo cual se asume como su principal función.⁵¹⁷

⁵¹² *Ibidem*, p. 409.

⁵¹³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 411.

⁵¹⁴ *Idem*.

⁵¹⁵ Alexy, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección", trad. de Rebecca Jowers, en Alexy, Robert et al., *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84 (p. 57).

⁵¹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 40.

⁵¹⁷ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 41. Un ejemplo sobre la aplicación del subprincipio de idoneidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...cit.*, pp. 39-40. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, cit., p.102.

- Subprincipio de necesidad o indispensabilidad: Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho constitucional afectado.⁵¹⁸ En otros términos, el subprincipio de indispensabilidad requiere que entre dos medidas igualmente idóneas en términos generales para materializar un derecho a protección, deba elegirse la que afecte menos el derecho de defensa.⁵¹⁹

De esta forma, este subprincipio señala que la medida que afecte un derecho debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a los afectados se busca oponer, ya que, por un lado, es la menos gravosa para el derecho interferido, entre las diversas opciones igualmente idóneas para materializar el fin buscado o, por el otro, porque no existen opciones para satisfacer el fin buscado o las existentes afectan el derecho intervenido en un grado mayor. Si no logramos acreditar el test del subprincipio de necesidad, la medida adoptada sería ilegítima e inconstitucional porque se afectaría un derecho constitucional, de una forma que no sería la estrictamente necesaria, al existir otras medidas alternativas menos dañinas para el derecho en cuestión, que cumplen igualmente con el fin buscado por la medida.⁵²⁰

- Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: Este subprincipio es idéntico a lo que se conoce como la ley de ponderación, la cual establece que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto más relevante es satisfacer el otro principio.⁵²¹

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se origina a partir de la obligación de la máxima realización posible de los principios, con base en las posibilidades jurídicas, en particular, cuando los principios entran en

⁵¹⁸ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., p. 41.

⁵¹⁹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales...*, cit., p. 57.

⁵²⁰ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de...*, cit., pp. 45 y 46. Con mucho, un caso sobre la aplicación del subprincipio de necesidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...cit.*, pp. 41-43. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, cit., pp. 102-103.

⁵²¹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales...*, cit., p. 58.

tensión. Así, la propia ponderación resulta necesaria en el supuesto de que la realización de un principio implique la afectación de otro, esto es, cuando un derecho sólo puede materializarse a costa de otro derecho.⁵²²

De esta forma, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, muestra la optimización en relación con los derechos que juegan en sentido opuesto. Por ello, como se ha señalado este subprincipio representa la ley de ponderación, la cual divide a la misma en tres pasos, en el primer paso, se precisa el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los derechos, en el segundo paso, se identifica la importancia de la realización del derecho que juega en sentido opuesto, en el último paso, se debe considerar si la importancia de la realización del derecho en cuestión justifica la afectación del derecho que juega en sentido contrario.⁵²³

Finalmente, cabe indicar que este subprincipio conlleva una valoración entre un derecho constitucional y el fin concreto que origina la afectación, mediante el examen de los gravámenes que se materializan recíprocamente, a fin de identificar si el beneficio logrado por tal fin o medida, justifica la afectación de los derechos constitucionales.⁵²⁴

B. Ejemplificación

Se conoce que la teoría de Robert Alexy ha sido ampliamente aplicada por los tribunales de nuestro país, no obstante, cabría hacer un ejercicio práctico sobre los criterios de corrección de la argumentación que propone dicho autor, para tal fin, se utilizará un caso hipotético, que bien podría presentarse en la práctica judicial mexicana. Lo anterior, será útil para observar la operatividad actual de tales criterios de evaluación en el seno nacional.

Los hechos del caso hipotético se refieren a un acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, mediante el cual se

⁵²² Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, cit., p.103.

⁵²³ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., pp. 48-49.

⁵²⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de...*, cit., p. 48.

restringen los días y horas en la que los establecimientos mercantiles podrán prestar el servicio de lavado de vehículos, a saber, ningún establecimiento podrá operar después de las 13 horas los días viernes, sábados y domingos de la primera y última semana de cada mes, lo anterior, en el contexto de escasez de agua potable en la Ciudad de México y a fin de proteger el medio ambiente por el uso excesivo de la misma en dichos establecimientos. Inconformes con el referido acto de autoridad, un grupo de personas físicas, en su carácter de propietarios de los establecimientos comerciales que tienen como objeto social la prestación del servicio de lavado de vehículos automotores, promovieron diversos juicios de amparo indirecto ante jueces de distrito, alegando que se vulneran sus derechos humanos, de manera injustificada, por la sola emisión del citado acuerdo general.

Los derechos humanos en colisión son el derecho a un medio ambiente sano de todas las personas, reconocido en el artículo 4o de la Constitución de nuestro país, que busca proteger el acto de autoridad impugnado, por el otro, se tiene el derecho humano a la libertad de comercio, que se reconoce a las personas en el artículo 5o de la Constitución de la República.

Pensemos que una vez que hemos utilizado el método de argumentación de Alexy, se logran presentar diversas razones para sustentar la siguiente decisión: *el acuerdo impugnado es inconstitucional porque afecta de manera injustificada el derecho de libertad de comercio.*

Con el objeto de calificar la corrección de la decisión, es necesario someterla a los seis criterios de evaluación propuestos por Alexy, para efectos prácticos, se ha decidido representar de forma esquemática el cumplimiento o no de los parámetros de Alexy, mediante el siguiente cuadro, el cual podría ser utilizado para un ejercicio posterior de corrección de cualquier otro tipo de decisión judicial en el ámbito nacional:

Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy:		
Criterios de corrección:	Acredita el criterio:	Por qué lo acredita o no lo acredita:
Regla de universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en normas de alcance universal como la propia Constitución de la República, la que en su artículo 5o reconoce el derecho a la libertad de comercio. Asimismo, en el artículo 4o de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual establece que las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social.
Regla de saturación	Sí	La decisión se sustenta en argumentos de todo tipo, no sólo jurídicos, sino también económicos y sociales. Por ejemplo, considera la efectuación al desarrollo económico que generaría el acto impugnado, así como el descontento social generalizado de la medida atacada. De esta forma, se desdobra una argumentación de naturaleza maximalista, en concreto, se cumple con la regla de saturación.
Regla del precedente	Sí	La decisión se sustenta en un abanico de criterios jurisprudenciales y sentencias emitidas en el ámbito nacional e internacional en materia de libertad de comercio y de trabajo, esto es, en precedentes que resultan de aplicación obligatoria y orientativa.

Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy:

Subprincipio de idoneidad	Sí	<p>Este subprincipio debe aplicarse a la medida impugnada, para evaluar su constitucionalidad o no; en este sentido, se observa que el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, que interviene el derecho a la libertad de comercio, sí cubre un fin legítimo, esto es, la protección del medio ambiente, lo cual es compatible con la Constitución de nuestro país. Por otro lado, la medida es objetivamente adecuada para cubrir tal fin, ya que al restringir el uso del agua potable en ciertos establecimientos mercantiles, se contribuye a disminuir su desperdicio. Por ello, se concluye que el acto impugnado acredita el subprincipio de idoneidad o adecuación, por lo que no hay razón, al menos hasta este punto, para calificarlo de inconstitucional.</p>
---------------------------	----	---

Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy:

Subprincipio de necesidad	No	<p>Al igual que el anterior subprincipio, el de necesidad tiene alcance en el ámbito de la medida impugnada y no en la sentencia emitida, así, se observa que el acuerdo general impugnado no cubre el principio de necesidad, ya que existen otras medidas y opciones, menos gravosas o dañinas para el derecho a la libertad de comercio, que también son igualmente idóneas para proteger el derecho a un medio ambiente sano. Por ejemplo, se podría implementar un programa de reciclaje y almacenamiento de agua utilizada en las oficinas de gobierno y en las casas-habitación de la Ciudad de México, a fin de que pueda distribuirse y reutilizarse en los establecimientos mercantiles que tengan como objeto social el lavado de vehículos automotores. Tal medida permite satisfacer el fin buscado (proteger el medio ambiente), ya que se disminuiría el consumo de agua potable, pero sin afectar el derecho humano a la libertad de comercio. De esta manera, se concluye que el acto impugnado afecta la libertad de comercio de forma innecesaria, por lo que es ilegítimo e inconstitucional el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México.</p>
---------------------------	----	---

Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy:

<p>Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto</p>	<p>No</p>	<p>No se logra acreditar la proporcionalidad entre el grado de afectación del derecho a la libertad de comercio frente al grado de importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano, ya que la medida impugnada interviene fuertemente en el derecho a la libertad de comercio en comparación con lo leve que logra la realización de sus fines, a saber, la protección del medio ambiente, con la sola prohibición a los establecimientos de prestar sus servicios de lavado de vehículos automotores en ciertos días y horas de cada mes.</p> <p>En este sentido, se observa una desproporción entre el nivel de afectación a la libertad de comercio frente a la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano, que la medida impugnada consigue en un nivel bajo frente al alto costo que representa para la libertad de comercio.</p> <p>Por ello, de conformidad con el último paso de la ley de ponderación, se considera que la importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano (logrado en un nivel mínimo) no justifica la afectación del derecho a la libertad de comercio (afectado en un nivel alto).</p> <p>Así, se concluye que deben otorgarse los amparos a los quejosos y decretarse la inconstitucionalidad del acto impugnado, por intervenir de forma desproporcionada con el derecho a la libertad de comercio.</p>
---	-----------	--

Con base en todas las consideraciones aludidas en el cuadro anterior, la sentencia emitida en el caso hipotético puede ser calificada como adecuada, ya que ha sido sometida a un serio escrutinio de corrección y nos ha arrojado tal resultado, por lo que se puede afirmar que la decisión que declara inconstitucional la medida impugnada es la más correcta, con lo cual, se aprecia la importancia de contar con un método de evaluación de la argumentación, pues el mismo contribuye a brindar mayor confianza a los destinatarios de las decisiones judiciales, con todo, en el siguiente apartado presentaremos algunas críticas a los criterios de evaluación de Alexy, que debemos asumir como puntos a retener para ulteriores investigaciones.

C. Estudio crítico

Con el propósito de generar reflexiones en torno a los criterios de corrección propuestos por Alexy, se presenta un análisis crítico de algunos de ellos, ya que no es posible asumirlos ciegamente, se necesita, paradójicamente, evaluarlos frente a nuestra realidad.

Sobre el criterio de universalidad, resultan aplicables las mismas críticas esbozadas con anterioridad, respecto a su reducida aportación a las teorías de la corrección de decisiones judiciales, pues es evidente que toda sentencia debe sustentarse en criterios de alcance universal, como lo es una norma constitucional o internacional.

Sobre la regla de saturación, se indica que la misma no debe implicar que los argumentos de tipo jurídico pierdan su primacía, ya que de hacerlo, nos encontraríamos en otro tipo de discurso, por ejemplo, moral, económico, político o cultural, lo cual no es adecuado, así, se sugiere que la regla de saturación, se utilice de forma cauta, siempre y cuando el caso judicial lo justifique, pues no hay que perder de vista que el tiempo para que los jueces resuelvan los asuntos es muy limitado, de esta manera, deben reflexionar y justificar el nivel de aplicación del criterio de saturación de argumentos, ya que existirán algunos casos que demanden utilizar un abanico de razones de diversa naturaleza y otros que sólo requieran uno o dos argumentos extra-

jurídicos, lo cual debe aclararse, pues tal como se presenta este criterio en el modelo de Alexy, parecería que exige su materialización irreflexiva.

Sobre el subprincipio de idoneidad, se señala que el mismo tiene un diseño limitado, ya que fue creado para ser utilizado, esencialmente, en el contexto de la emisión de algún acto de autoridad legislativo o administrativo (i.e: ley, reglamento o acuerdo general) que busque proteger algún fin concreto, pero cabe indicar que no todas las afectaciones a los derechos humanos se dan por la emisión de una medida legislativa o administrativa, así, en la práctica nacional, las sentencias judiciales que resuelven cualquier conflicto jurídico concreto, pueden vulnerar derechos humanos, por lo que se considera que deben incorporarse como determinaciones sujetas al subprincipio de idoneidad, aunque Alexy no lo reconozca, ni la misma práctica judicial mexicana. Es evidente que es más complejo aplicar este subprincipio en la evaluación de las sentencias, pero ello no conlleva su eliminación, pues ¿no acaso una decisión judicial puede ser asumida como una medida idónea para proteger algún derecho, aunque afecte paralelamente otro derecho? o, mejor, ¿una sentencia puede ser visualizada como una medida adecuada para la realización de un derecho humano? de las respuestas dadas a tales interrogantes, se puede asumir la posibilidad o no de aplicar el subprincipio de idoneidad a la práctica judicial. Nosotros daríamos respuestas positivas a tales preguntas, esto es, consideramos la posibilidad de la materialización del citado subprincipio en las decisiones judiciales.

Sobre el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, cabe señalar que el mismo puede realizarse a través de la fórmula del peso de Alexy, la cual se compone de diversos elementos, entre los que se encuentran, el grado de efectucción de un derecho, en contraste con el nivel de importancia de la

realización de otro derecho,⁵²⁵ a los cuales se les puede asignar un valor numérico en cada caso concreto, de acuerdo a una escala triádica de afectación e importancia: leve-medio-grave.⁵²⁶ El problema radica en que no existe un parámetro objetivo para la asignación de valores numéricos, por ejemplo, cuando se dice que un derecho humano tiene un grado de afectación de 2, en contraste con el nivel de importancia del derecho que juega en sentido contrario fijado en 4. Aquí la gran dificultad en la aplicación de la fórmula del peso o cociente de Alexy, que se manifiesta en el mismo subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Con todo, el único recurso que nos queda es justificar la elección del valor numérico con el mayor número posible de razones de cara a las partes en conflicto y a la misma sociedad, además, debemos ser conscientes de que no debe ser la fórmula del peso nuestro único parámetro a utilizar para justificar el sentido de nuestra decisión judicial, sino sólo una razón de todas las que presentemos en la sentencia, que contribuyan a justificar el sentido de la misma.

4.- Criterios de corrección en el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst

A. Presentación

Una de las teorías de la argumentación general menos exploradas en el continente americano, es la teoría pragma-dialéctica desarrollada por los autores holandeses Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst en la Universidad de Amsterdam, lo cual resulta extraño, ya que la misma presenta una estructura muy detallada sobre como analizar y evaluar las discusiones

⁵²⁵ En particular, la fórmula del peso se compone de los siguientes elementos: intensidades de las intervenciones en los derechos (por un lado la afectación de un derecho y, por el otro, la importancia de la realización del otro derecho), los pesos abstractos de los principios en tensión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos sobre la realización y la falta de realización de los derechos en colisión, generados por la medida que se enjuicia. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 481. Un estudio detallado de la fórmula del peso se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...cit.*, pp. 67-71 y 96. Un análisis nacional de la fórmula se tiene en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 213-220

⁵²⁶ Dicha escala fue establecida por Alexy, la misma representa un modelo de tres intensidades o rangos que se identifican con las citadas expresiones: leve, medio y grave. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 468 y 469.

argumentativas, que examina los elementos que contribuyen a resolver alguna diferencia de opiniones.⁵²⁷

Sin el propósito de analizar con detalle la teoría pragma-dialéctica de la argumentación, lo cual podría ser objeto de otra investigación, cabe destacar que el elemento pragmático de la misma considera la argumentación como una manera de lenguaje orientada a ciertos objetivos (por ejemplo, la solución de una disputa), por su parte, el elemento dialéctico de la teoría conlleva que la argumentación se asume como parte de un intercambio crítico de criterios u opiniones.⁵²⁸

Ahora bien, el núcleo de la teoría pragma-dialéctica es un esquema ideal para las discusiones críticas y, además, un código de conducta para los intervinientes en la discusión. El esquema ideal detalla las etapas que se deben cubrir para facilitar la solución del problema, a saber, confrontación, apertura, argumentación y conclusiones. Por otro lado, el código de conducta para los participantes en la disputa, esboza las reglas para solucionar el problema de conformidad con el esquema ideal. En concreto, las reglas se refieren al derecho de exponer un punto de vista, a plantear dudas, al derecho y obligación de defender un punto de vista a través de la argumentación, entre otras más.⁵²⁹

⁵²⁷ Feteris, Eveline T, *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 247 y 248.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 248.

⁵²⁹ Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 249. El esquema ideal aplicado al proceso legal, se desarrolla de la siguiente manera: a) en la fase de confrontación las partes exponen sus puntos de vista sobre el tema a resolver, aquí el juez asume una postura pasiva, b) en la fase de apertura, las partes llegan a un acuerdo sobre los puntos de partida y las reglas de la discusión. Los puntos de partida están decretados de antemano en las normas jurídicas, principios generales del derecho y proposiciones de la dogmática del derecho. Las reglas de la discusión se establecen previamente en el sistema institucionalizado del proceso legal (códigos de procedimientos), c) en la fase de argumentación las partes tienen que exponer sus argumentos y contraargumentos para defender sus puntos de vista, d) en la fase de conclusiones el juez debe decidir si las pretensiones se defendieron exitosamente de los contraargumentos críticos. *Cfr.* Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

A todo esto, de la teoría pragma-dialéctica de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst nos interesa estudiar concretamente el modelo de evaluación de la argumentación, el cual busca determinar si la misma es aceptable y si la discusión se ha conducido con base en las reglas de la discusión racional. Para fines didácticos, se puede representar el esquema de evaluación de la argumentación de dichos autores en dos vertientes, por un lado, la vertiente que busca evaluar el contenido de la argumentación, por el otro, la vertiente que se ocupa de calificar el procedimiento de discusión.⁵³⁰

En la vertiente de evaluación del contenido de la argumentación, se verifica, en primer lugar, si un argumento es idéntico a un punto de partida común (i.e: normas jurídicas, principios generales del derecho o proposiciones de la dogmática del derecho), lo que se conoce como procedimiento de identificación, en segundo lugar, si resulta que el argumento no es idéntico a un punto de partida común, se recurre al procedimiento de comprobación, con el cual se verifica si el argumento expuesto se puede estimar aceptable de conformidad con algún método de prueba común.⁵³¹

En este sentido, cuando se trata de argumentos fácticos, lo que debe hacer el juez es decidir si los hechos son generalmente conocidos, en caso contrario, decidir si los hechos pueden ser verificados conforme a las normas jurídicas sobre la prueba. En el caso de argumentos jurídicos, el juez debe decidir si la norma jurídica se puede asumir como una norma válida con base en la fuentes de creación del derecho, en algunos asuntos, se tiene que recurrir a la regla de preferencia para elegir entre la diversidad de normas jurídicas válidas (una regla de preferencia sería, por ejemplo, la que señala que la ley especial deroga a la ley general).⁵³²

Por otro lado, cuando se califica el contenido de la argumentación, el decisor también debe comprobar si la conexión entre las premisas y la conclusión es aceptable, en el ámbito pragma-dialéctico, si el modelo de argumentación

⁵³⁰ Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 270.

⁵³¹ *Idem.*

⁵³² Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

utilizado (i.e: argumentación por analogía, teleológica o de consecuencias) ha sido seleccionado y practicado adecuadamente. Para ello, se utilizan preguntas concretas de evaluación que se deben contestar correctamente, a fin de acreditar este criterio de calificación.⁵³³

En la segunda vertiente de evaluación del procedimiento de discusión, se requiere identificar si la misma se ha efectuado con base en las reglas de la discusión racional. Pero ¿cuáles son las reglas que van a dirigir la argumentación? En la teoría pragma-dialéctica se establece un sistema de 10 reglas esenciales para dicha discusión racional,⁵³⁴ las cuales, en nuestra opinión, pueden trasladarse en la mayoría de los casos al ámbito de la argumentación jurídica. Veamos pues cada una de las reglas que se utilizan para la evaluación del procedimiento de discusión en general:

- (1) Ninguna parte debe impedir que la otra exponga puntos de vista ni que plantee dudas sobre los puntos de vista.
- (2) Una parte que expone un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le pide que lo defienda.
- (3) El ataque de una parte a un punto de vista debe referirse al punto de vista que expuso realmente la otra parte.
- (4) Una parte sólo puede defender su punto de vista exponiendo argumentos relacionados con ese punto de vista.
- (5) Una parte no puede presentar falsamente como premisa algo que dejó implícito la otra parte ni negar una premisa que ella misma dejó implícita.
- (6) Una parte no puede presentar falsamente una premisa como punto de partida aceptado ni negar una premisa que constituye un punto de partida aceptado.

⁵³³ Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 271.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 274.

(7) Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha efectuado mediante un esquema de argumentación apropiado y correctamente aplicado.

(8) En su argumentación, una parte sólo puede usar argumentos lógicamente válidos o susceptibles de ser validados haciendo explícitas una o más premisas implícitas.

(9) Una defensa fallida de un punto de vista debe llevar a que la parte que expuso el punto de vista se retracte, y una defensa concluyente a que la otra parte se retracte de sus dudas sobre el punto de vista.

(10) Una parte no debe usar formulaciones insuficientemente claras o confusamente ambiguas y debe interpretar las formulaciones de la otra parte tan cuidadosa y precisamente como sea posible.⁵³⁵

Ahora bien, cabe indicar que en ámbito jurídico dichas reglas de la discusión racional pueden ser desobedecidas, ya que las partes por sí mismas suelen comportarse como litigantes no razonables, para controlar tal situación, las normas de derecho buscan asegurar que la discusión jurídica cumpla con los requisitos de una discusión racional, por ejemplo, cuando especifica cuál sujeto que debe asumir la carga de la prueba, esto es, quién debe defender ciertas afirmaciones. Debido a que las partes no siguen voluntariamente las reglas del procedimiento legal, la función del juez es vigilar su debido cumplimiento. Desde la visión pragma-dialéctica, la tarea principal de los jueces es lograr que

⁵³⁵ Van Den Eemeren y Grootendorst, *Argumentation, communication, and fallacies. A pragma-dialectical perspective*, Hillsdale, N.J., Erlbaum, 1992, pp. 208 y 209 y Van Den Eemeren y Grootendorst, *Speech acts in argumentative discussions*, Dordrecht, Foris, 1984, pp. 151-175 (originales no consultados *cit.* por Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 249 y 250).

la discusión se efectúe de conformidad con las reglas esenciales a una solución racional de las controversias legales.⁵³⁶

Con base en lo señalado en torno a la evaluación del procedimiento de discusión, se podría afirmar que el parámetro de corrección tiene que ver con la observación y cumplimiento de las reglas de la discusión crítica,⁵³⁷ las cuales se pueden integrar en los siguientes criterios de evaluación aplicables a la discusión jurídica, con base en la teoría pragma-dialéctica:⁵³⁸

- Criterio de prerrogativas, que se relaciona con el derecho a plantear pretensiones o posturas y con el derecho a dudar sobre las mismas.
- Criterio del deber, que esboza la obligación de defender las posturas cuando se dude de las mismas.
- Criterio de exactitud, el cual implica que los contraargumentos hacia una postura deben esgrimirse concretamente a la postura que realmente fue defendida.
- Criterio de compatibilidad entre la postura emitida y los argumentos que la sostienen.

⁵³⁶ Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 275 y 277. Con todo, la pretensión de que las reglas sean aceptables no se sustenta en una necesidad metafísica, sino más bien en la conveniencia de resolver una disputa. La aceptabilidad de las reglas del discurso racional no se deriva de una autoridad externa ni de un origen divino, sino que se sustentan en la efectividad de su aplicación. Puesto que la aceptabilidad de las reglas se debe verificar por el nivel en que se logran resolver las disputas legales, la razón para aceptar las reglas se puede asumir, filosóficamente hablando, como pragmática. *Cfr.* Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 251.

⁵³⁷ La idea de *la observación de las reglas de la discusión crítica* no es propia, la misma se expresa en Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 253. En concreto, se señala que para evaluar el discurso es necesario considerar los siguientes aspectos: a) los esquemas de argumentación que se usan en la argumentación (i.e: argumentación sintomática, analógica o causal), lo que conlleva determinar si el esquema de argumentación se ha elegido y aplicado adecuadamente. Como se ha señalado, para cada esquema de argumentación existe una serie de preguntas críticas que se deben contestar adecuadamente para la que argumentación sea aceptable; b) la observación de las reglas de la discusión crítica. *Cfr.* Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

⁵³⁸ Todos los 10 criterios que en adelante se expondrán no son una invención propia, como se ha aclarado representan un resumen de las reglas para la discusión racional de la teoría pragma-dialéctica, por lo que todos los créditos de su creación son de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst y no nuestro, en toda caso, solamente la identificación de los títulos de los criterios sería un ejercicio intelectual propio, para una revisión de las reglas véase Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp. 249 y 250.

- Criterio de falsa negación, que comporta la imposibilidad de falsear premisas implícitas propias o de la otra parte.
- Criterio de congruencia, que impide que una una parte desconozca una premisa que integre un punto de partida previamente aceptado.
- Criterio de defensa adecuada, el cual señala que no se puede considerar que ha prevalecido una postura, si su defensa no se ha realizado a través de un esquema de argumentación adecuado.
- Criterio de explicitud, que conlleva que los argumentos utilizados puedan ser corroborados mediante la conversión de las premisas implícitas en premisas explícitas.
- Criterio de adhesión, que esboza que una defensa frustrada de una postura implica que la parte que la sostuvo la abandone, paralelamente, una defensa victoriosa de una postura, supone que la parte que la atacó abandone las dudas que tenga sobre la postura vencedora.
- Criterio de claridad, el cual señala que las partes deben presentar sus postulados y defensas de forma no confusa y sin ambigüedades.

Para finalizar el estudio de la teoría pragma-dialéctica de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst, como puntos a retener, se señala que la misma ofrece una estructura teórica y práctica para la evaluación de la argumentación jurídica. En concreto, la teoría pragma-dialéctica pone de relieve que para calificar una argumentación jurídica de manera adecuada, se necesita contar con un modelo de evaluación que se pueda utilizar como herramienta crítica para identificar si la argumentación es aceptable. Ahora bien, el modelo debe señalar cómo se usan los puntos de partida y las normas de evaluación común, sobre los puntos de partida (normas o principios jurídicos, entre otros más), se deben especificar los enunciados que se pueden usar como argumentos jurídicos, para el caso de las normas de evaluación, se indican y justifican los tipos de esquemas de argumentación jurídica (i.e: por analogía) que se pueden usar para sustentar un decisión judicial. Finalmente, para lograr una evaluación correcta de la argumentación, se tienen las reglas de discusión que se

aplicarán al caso concreto, a fin de determinar si se materializa una discusión jurídica racional.⁵³⁹

B. Ejemplificación

Una vez planteados los criterios de evaluación en el modelo de argumentación pragma-dialéctico de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst, cabe ponerlos en práctica mediante la calificación de alguna sentencia, tal ejercicio nos va ayudar a identificar la utilidad de dicho modelo, analicemos pues los criterios de dichos autores holandeses en un caso práctico hipotético, que podría presentarse en la realidad nacional.

Los hechos del caso se resumen en los siguientes puntos:

- Una universidad privada en aras de promover los derechos de las personas adultas mayores modificó su reglamento de ingreso a los estudios de doctorado, a fin de establecer que del total de aspirantes en cada convocatoria, se asignará al menos 10 lugares a las personas mayores de 60 años, con independencia de los resultados que hayan obtenido en todas las pruebas aplicadas para el ingreso a los estudios.
- Con base en dicho reglamento, la universidad privada emitió una convocatoria de ingreso al doctorado, en la cual ofreció sólo 50 lugares, señalando los requisitos que debían superar los aspirantes.
- Se inscribieron al proceso de selección 100 personas, de las cuales 15 eran mayores de 60 años, una vez aplicadas todas las pruebas técnicas y de

⁵³⁹ Feteris, Eveline T, *op. cit.*, pp.277-279. Con mucho, sobre el proceso de evaluación de la argumentación, cabe indicar que el mismo se ha desdoblado en dos perspectivas: la interna y la externa. Desde la perspectiva interna el juez es el encargado de realizar la evaluación, él debe decidir si una parte defendió exitosamente su punto de vista de conformidad con las normas jurídicas de corrección. Desde la perspectiva externa, el teórico del derecho realiza la evaluación de la argumentación, él debe determinar si un punto de vista legal (i.e: una decisión judicial) fue defendida adecuadamente de conformidad con determinadas normas jurídicas de corrección. *Cfr.* Feteris, Eveline T, *op. cit.*, p. 261. Pese a ello, para nosotros el propio juez puede y debería realizar la evaluación desde el ámbito interno y externo, a fin de lograr la corrección (autocorrección) total de la misma. Como lo veremos en otro lugar de la presente investigación, por ahora basta con precisar que algunos autores dividen el ámbito de evaluación de la argumentación.

idioma, se determinó que sólo 60 personas habían acreditado exitosamente las pruebas, dentro de las que no se encontraba ninguna de la tercera edad.

- En cumplimiento estricto al reglamento de ingreso al doctorado, la universidad privada asignó los lugares de la siguiente forma: 35 lugares a personas no adultas mayores que habían obtenido la mayor calificación en el examen de ingreso y los restantes 15 lugares a las personas adultas mayores que no habían acreditado el examen, dejando sin oportunidad de estudiar un doctorado a 15 personas que sí habían acreditado las pruebas pero que eran menores de 60 años.
- De todo el grupo de aspirantes a ingresar al doctorado que quedaron fuera por la cuota de las personas de la tercera edad, sólo una presentó un juicio de amparo indirecto contra el primer acto de aplicación del reglamento emitido por la universidad privada, al tratarse de un ente que realiza actos equivalentes a los de una autoridad, que se encuentran establecidos en la Ley General de Educación.

Para seguir avanzando, cabe mencionar que en este asunto hipotético, los derechos humanos en tensión son los mismos, sólo que se materializan en distintos titulares, por un lado, se tiene el derecho humano de las personas adultas mayores a la no discriminación por razón de edad (derecho a la igualdad) reconocido en el artículo 1o de la Constitución de la República (que el reglamento de la universidad buscó hacer realidad), así como el derecho a la participación e integración comunitaria reconocido en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por el otro, se tiene también el derecho humano de no discriminación por razón de edad (igualdad) de las personas menores de 60 años, reconocido en el citado artículo 1o de la Constitución de nuestro país (que con la determinación de la asignación de lugares en el doctorado, se restringió por parte de la universidad).

Ahora bien, pensemos que el juez que conoce del amparo, una vez realizado el análisis del asunto y mediante la aplicación del modelo de argumentación pragma-dialéctico de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst, llega a la

determinación de que debe prevalecer, en el caso concreto, el derecho humano de no discriminación de las personas menores de 60 años, frente al mismo derecho humano de las personas adultas mayores, por lo que la sentencia otorgaría el amparo para efecto de que se asignarán los 15 lugares a las personas menores de 60 años que sí lograron acreditar con las calificaciones más altas las pruebas técnicas previamente establecidas.

Pues bien, como lo hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, la actividad del juez no debe terminar con la simple emisión de la sentencia, sino que la misma continúa o, mejor, debe continuar, mediante una fiscalización posterior e interna que se haga del producto de la argumentación, todo ello, con el único propósito de medir objetivamente la corrección o no de la sentencia que exponga a las partes y a la ciudadanía.

En este sentido, a continuación se representará, de forma esquemática, la aplicación de cada uno de los parámetros de evaluación de la argumentación que asume la teoría pragma-dialéctica, en el contexto del caso hipotético planteado:

Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst:

Criterios de corrección:	Acredita el criterio:	Por qué lo acredita o no lo acredita:
Identificación	Sí	La decisión tomada se sustenta en el argumento de rechazo en todas sus formas de la discriminación (negativa o positiva), el cual es idéntico al punto de partida del derecho humano a la igualdad reconocido en normas internacionales.
Comprobación	No se aplica	Derivado de que en la decisión asumida existe un argumento idéntico a un punto de partida común, de conformidad con la teoría pragma-dialéctica, ya no se debe recurrir al procedimiento de comprobación.
Conexidad o adecuación	Sí	La decisión se sustenta en el modelo de argumentación de consecuencias, el cual ha sido escogido y practicado adecuadamente, así se efectuaron las siguientes preguntas críticas para su acreditación: ¿Es posible aplicar una argumentación de consecuencias en este asunto? sí es posible y además deseable a fin de propiciar la adhesión de las partes y los ciudadanos a la sentencia emitida: justicia realista ¿qué beneficios comporta para la decisión el argumento de consecuencias? muchos, por ejemplo, se valora el escenario prospectivo que la decisión generará en la prohibición de un trato discriminatorio en alguna forma, para otros casos posibles ¿existen precedentes que prohíban su utilización? no existen criterios que restrinjan su utilización, sino más bien posturas judiciales que lo fomentan.

Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst:

Prerrogativas	Sí	Este criterio ha sido acreditado con la decisión tomada, ya que se permitieron y ejercieron los derechos de las partes a plantear pretensiones y a poner en dudas las mismas.
Deberes	Sí	En la determinación judicial planteada, se le exigió a una parte defender sus posturas con diversos argumentos ante las dudas esbozadas por su contraria.
Exactitud	Sí	Se verificó que los contraargumentos expuestos por una parte fueran dirigidos concretamente a la postura sostenida por la otra parte, sin que existieran variaciones de ningún tipo en torno a la postura defendida, lo anterior para lograr una diálogo adecuado entre los partes.
Compatibilidad	Sí	Ya que se verificó la compatibilidad entre las posturas sostenidas y los argumentos esgrimidos para sustentadas.
Falsa negación	Sí	Derivado de que se comprobó que ninguna de las partes negó premisas implícitas propias o de su contraparte.
Congruencia	Sí	Ya que no se identificó que alguna de las partes haya desconocido un punto previamente asumido o aceptado, esto es, defendieron sus posturas de forma congruente.
Defensa adecuada	Sí	La postura sostenida por la decisión emitida ha prevalecido, ya que la misma se sustenta en un modelo de argumentación adecuado como es la teoría pragma-dialéctica.

Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst:

Explicitud	Sí	Derivado de que el argumento que expresa que nadie debe ser discriminado por cuestiones de edad, fue verificado a través de la conversión de la premisa implícita sobre la existencia de una prohibición de trato diferenciado en el acceso a las oportunidades, a la premisa explícita respecto del derecho humano de igualdad que rige en todo Estado constitucional de derecho.
Adhesión	Sí	Ya que la sentencia emitida ha propiciado que la parte que no resultó victoriosa con la misma y la propia sociedad, abandonen las dudas que tengan sobre el sentido de la decisión, esto es, los ha logrado convencer de su corrección.
Claridad	Sí	Derivado de que los postulados que se defienden en la sentencia han sido expuestos de forma clara y sin ambigüedades, a saber, bajo parámetros de justicia abierta a los afectados y a toda la ciudadanía interesada en el tema que resuelve la determinación.

En conclusión, se puede afirmar que la decisión asumida en el caso hipotético ha logrado acreditar con mucho éxito todos y cada uno de los criterios de evaluación del modelo de argumentación pragma-dialéctico de los autores Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst, por lo que podemos asumir que la decisión tomada es correcta y adecuada, al menos bajo los parámetros de dicha teoría, lo cual ya es valioso *per se* y una guía útil en la emisión de decisiones judiciales nacionales, acorde con los actuales elevados estándares de justificación de toda postura en el ámbito jurídico.

C. Estudio crítico

Si bien la teoría pragma-dialéctica ha sido poco explorada en nuestro país, a pesar de los beneficios que puede generar para la justificación judicial, cabe indicar que la misma no resuelve todos los problemas entorno a la corrección de las decisiones judiciales, así, es apropiado identificar algunos de los puntos débiles de los criterios de evaluación que la misma sostiene, con el único objetivo de evaluarla en el contexto de nuestra realidad jurídica.

En este sentido, a continuación se presentará un breve análisis crítico de algunos de los parámetros de corrección que merecen ser revisados o abandonados del modelo de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst:

- Sobre el criterio de identificación, se observa que el mismo es inapropiado, ya que un argumento puede apartarse válidamente de un punto de partida común como lo es una norma jurídica o una proposición de la dogmática del derecho, por ejemplo, cuando las mismas son incompatibles con el parámetro de control de la regularidad constitucional (que se integra de normas de diversos órdenes jurídicos). Con todo, para que los jueces puedan apartarse de tales elementos de partida común, se les exige una amplia justificación frente a la sociedad.
- Respecto al criterio de prerrogativas, se observa que el mismo es muy básico para calificar de correcta o incorrecta una decisión, pues es conocido que las partes tienen el derecho, por un lado, de plantear pretensiones y, por el otro, de prestar dudas sobre las mismas. Así, se podría abandonar este criterio sin grandes costes para la verificación de la decisión.
- Sobre el criterio del deber, se puede aplicar la misma crítica del criterio de prerrogativas, pues es entendible que las partes se encuentran obligadas a defender sus posturas, en el caso de que las mismas sean atacadas por la contraria, así, en nuestra opinión es dable omitir este criterio sin generar algún perjuicio en la corrección de la decisión.
- Por lo que hace al criterio de compatibilidad, cabe resaltar que el mismo es apropiado teóricamente hablando, sin embargo, el problema está en saber

cómo calificar eficazmente que la postura defendida se corresponde exactamente con los argumentos de respaldo, para lo que, la teoría pragma-dialéctica no nos brinda una respuesta, lo cual, podría ser objeto de otra línea de investigación.

- Respecto del criterio de defensa adecuada, el mismo es muy abierto, por lo que genera ciertas dificultades en su aplicación práctica, ya que nos exige calificar la corrección de la decisión con base en un modelo de argumentación, pero no nos fija directrices para la elección, en concreto, este criterio sería auto-destructivo, ya que permitiría dejar a un lado el esquema pragma-dialéctico, si así lo estimamos conveniente. Con mucho, se precisa que la elección de uno u otro esquema de argumentación, va depender del caso que estemos analizando, además de la mejor justificación que se presente en la elección.
- En torno al criterio de claridad, se señala que el mismo necesita ser detallado, a fin de conseguir su cumplimiento, ya que, por ejemplo, en el ámbito de la justicia mexicana, se encuentra muy arraigada la costumbre de que entre más confusa, poco clara, extensa y técnica sea una sentencia, la misma será calificada como mejor, así, se necesitan establecer las bases para operar este criterio de claridad, a fin de que no sea letra muerta en la práctica. Acciones como las implementadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la difusión permanente en distintos foros judiciales y académicos de la figura de *justicia abierta*, constituye un buen comienzo para hacer realidad la idea de sentencias ciudadanas, que tanto demanda nuestra sociedad.

5.- Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Manuel Atienza

A. Presentación

La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza ha sido ampliamente explorada en nuestro país, de hecho, se podría afirmar que la misma ha adquirido carta de naturalización en México, ya que muchos juristas la han estudiado y asumido como necesaria en la justificación de las decisiones judiciales, lo cual ha sido criticado por algunos autores, los que, en nuestra

opinión, parecen interpretar que la adopción de modelos externos de argumentación (como el de Atienza) comportaría un especie de colonialismo teórico en pleno siglo XXI.⁵⁴⁰

Se piensa que tienen razón los críticos de la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza, al destacar que se ha adoptado la misma, sin considerar y reflexionar sobre su efectiva aplicación en el contexto mexicano, sin embargo, se observa que el problema no es del modelo de argumentación que sintetiza Atienza, sino más bien de los autores mexicanos que han asumido los postulados de dicho autor, como si se tratara de una verdad absoluta.

Con independencia de dicha situación, a fin de no apartarnos de los objetivos de nuestra investigación, se aclara que en este apartado sólo se describirán los criterios de evaluación que asume Atienza, sin efectuar un estudio completo de su teoría de la argumentación jurídica y de sus críticas.⁵⁴¹ En dicho ejercicio, el lector se dará cuenta de que los parámetros que asume Atienza, derivan de criterios estudiados por otros autores, con todo, nos interesa destacar dos parámetros que han sido poco explorados en la teoría de la decisión judicial.

De este modo, los criterios de evaluación más relevantes, según Atienza, son los siguientes:

- Universalidad: El mismo se aplica tanto a los problemas normativos como a los fácticos. Sobre las cuestiones normativas implica que la *ratio decidendi*

⁵⁴⁰ Uno de los críticos de Manuel Atienza y de muchos otros autores extranjeros que han analizado el proceso argumentativo, es José Ramón Narváez, para el cual, lo que llamamos teoría de la argumentación jurídica poco tiene que ver con el ser humano. En este sentido, dicho autor propone otro modo de argumentar los derechos humanos, en el cual se recupere la dimensión emotiva del derecho, por ejemplo, al argumentar los derechos humanos, dice Narváez, debería existir conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en su esfera de libertades, pero también escuchados y comprendidos. Véase Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 53, 82 y 83.

⁵⁴¹ Un análisis completo de la teoría de la argumentación jurídica de Atienza se encuentra en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, pp. 643-656. Un resumen de los postulados de Atienza en torno a la argumentación se presenta en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 113- 123.

no puede ser *ad hoc*. Así, cuando en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N1, implica que esa fue la interpretación que se hizo en el pasado sobre casos análogos a C, además, de que esa será la interpretación que se hará a casos futuros semejantes a C.⁵⁴² Respecto de las cuestiones fácticas, se establece que debe figurar un enunciado de tipo universal, por ejemplo, un enunciado que señale que cuando se den los hechos A, B y C, entonces, es probable que ocurrió el hecho D. De esta forma, el criterio de universalidad exige que dicho enunciado se utilizará para todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.⁵⁴³

- **Coherencia:** El criterio de coherencia se refiere a la compatibilidad de una decisión con ciertos principios, valores y teorías. En particular, se señala que una norma o decisión judicial es coherente si puede corresponderse con una serie de principios y valores del sistema jurídico. Por ejemplo, ante un problema de interpretación, la razón para interpretar la norma X en el sentido A1 y no en el sentido A2 es que A1 resulta más compatible con los propios y valores del orden jurídico.⁵⁴⁴
- **Adecuación de consecuencias:** Este criterio se enfoca hacia el futuro, el mismo se expresa mediante los argumentos consecuencialistas, los cuales justifican la emisión de una norma con cierto contenido; la presentación de una estrategia de acusación o defensa o el establecimiento de una decisión judicial, con base en las consecuencias que van a producir los mismos.⁵⁴⁵ La diferencia entre utilizar o no utilizar el criterio de adecuación de consecuencias para calificar la argumentación de una decisión, significa no tomar en consideración sólo el resultado de la decisión, sino otros estados de cosas que se conectan con la misma por lazos de causalidad.⁵⁴⁶

⁵⁴² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 554-555.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 555.

⁵⁴⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 556.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 557.

⁵⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 558.

- Moral social: El criterio de moralidad social tiene un peso en la evaluación de la argumentación judicial, ya que los jueces no pueden ser indiferentes o alejarse de las convenciones sociales. Decantarse a favor de la moral social facilita que la decisión judicial sea persuasiva, lo que constituye un elemento relevante en la justificación de las sentencias; todavía más, los criterios socialmente mayoritarios se vinculan con la idea de democracia, pues tomar una determinación, como la mayoría preferiría que se hiciera es un adecuado ejercicio democrático, en concreto, para los jueces, los cuales no han sido elegidos a través de votaciones de los ciudadanos.⁵⁴⁷ En otro orden de ideas, se ha señalado que la mejor manera de limitar la discrecionalidad de los jueces es a través de las valoraciones sociales predominantes,⁵⁴⁸ a saber, la moral social vigente en determinada colectividad.
- Moral justificada: El criterio de moral justificada (racionalmente justificada), se sustenta en teorías éticas normativas, que sostienen un objetivismo moral, en opinión de Atienza, una de las teorías más adecuadas para descubrir la moral correcta es el constructivismo moral suscrito por autores como Rawls, Habermas y Nino; la base de dichos estudios es que los principios de la moral justificada, son aquellos a los que un grupo de personas han podido llegar mediante el consenso, generado en un discusión que respeta ciertas reglas.⁵⁴⁹ Ahora bien, se debe precisar que defender una postura objetivista de la moral (moral justificada) no conllevaría defender el absolutismo moral, en particular, el objetivista asume que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero los mismos están abiertos a la

⁵⁴⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 559-560.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 560. Con mucho, Atienza encuentra varios inconvenientes en la aplicación de los criterios de moralidad social, por ejemplo: a) puede acontecer que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria o que simplemente no exista la misma, b) no puede descartarse la posibilidad de que las opiniones mayoritarias sean expresiones que van contra los principios del ordenamiento jurídico, y c) las constituciones de nuestra época integran un código moral (declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral social establecida, esto es, pueden no coincidir en muchas formas. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 560.

⁵⁴⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 560-562.

crítica constante y al discurso racional, por lo que pueden ser modificados y superados, esto es, no son juicios morales absolutos.⁵⁵⁰

Pues bien, como se puede apreciar, los criterios esbozados por Atienza constituyen una reformulación de los parámetros asumidos por otras teorías, por ejemplo, los referentes a la universalidad, coherencia y consecuencias son elementos abordados por MacCormick, asimismo, el criterio de moralidad justificada, como bien lo anuncia Atienza, deriva de postulaciones de diversas teorías éticas (i.e: de Habermas y Nino), con mucho, llama la atención la idea de Atienza de incorporar en la evaluación de la argumentación, el parámetro de moral social, el cual, por cierto, resulta de materialización compleja. En adelante, representaremos los criterios adoptados (que no creados) por Atienza en un caso práctico, tal como lo hicimos con las demás teorías de la argumentación con criterios de corrección.

B. Ejemplificación

Resulta apropiado poner en práctica cada uno de los criterios de evaluación de la argumentación jurídica esbozados por Atienza, para ello, se presentará un caso hipotético que bien podría darse de manera rutinaria en el ámbito jurídico nacional.

Los hechos del caso hipotético se resumen en los siguientes puntos:⁵⁵¹

- Se trata de un particular (paciente) que fue intervenido quirúrgicamente en el hospital privado Médica Sur en 2016.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 562. Además, para Atienza la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos, así la objetividad moral es similar pero no idéntica a la científica, en otros términos, objetivismo moral no equivale a realismo moral. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 562.

⁵⁵¹ Para la elaboración del caso práctico resultaron muy útiles las ideas esbozadas en *Toda persona tiene derecho a acceder a su expediente clínico: Ximena Puente de la Mora*, El Heraldo de Saltillo, México, 2 de septiembre de 2017, disponible en <https://elheraldodesaltillo.mx/2017/09/02/toda-persona-tiene-derecho-a-acceder-a-su-expediente-clinico-ximena-puente-de-la-mora/>, página consultada el 7 de septiembre de 2017.

- Un año después el particular solicitó a dicho hospital el acceso a su expediente clínico generado con motivo de la cirugía que se le había practicado.
- En respuesta a su solicitud, el representante legal del hospital le manifestó que no era posible brindarle acceso al expediente clínico solicitado, por las siguientes razones: a) se trataba de información interna generada por el propio hospital para el desarrollo de sus funciones, b) el expediente médico y la información contenida en el mismo era de propiedad exclusiva de Médica Sur y, c) el particular ya no era paciente, ni contaba con ninguna relación jurídica con el hospital.
- Inconforme con dicha respuesta el particular agotó los recursos internos ante las autoridades correspondientes, sin obtener una respuesta favorable a su petición, por lo que decidió presentar un juicio de amparo indirecto contra la negativa de acceso a su expediente médico.
- De dicho asunto correspondió conocer a un juzgado de distrito en materia administrativa del primer circuito judicial de la Ciudad de México, el cual admitió a trámite el juicio, al considerar que el hospital Médica Sur, a pesar de ser un institución privada, sí tenía la calidad de autoridad responsable porque realizó actos establecidos en una norma general equivalentes a los de una autoridad pública, de conformidad con el artículo 5o de la Ley de Amparo.

Los derechos humanos en colisión del caso práctico descrito son, por un lado, el derecho de acceso a los datos personales del solicitante reconocido en los artículos 6o y 16 de la Constitución mexicana, por el otro, el derecho a la propiedad privada del prestador de servicios médicos Médica Sur, reconocido en el artículo 27 de la Constitución de nuestro país.

Ahora bien, pensemos que nosotros somos el juzgador de distrito que debe resolver la tensión que se da entre dichos derechos humanos, para lo cual recurrimos al esquema de argumentación de Atienza, así, después de aplicar

cada uno de sus pasos⁵⁵² y de presentar diversas razones jurídicas y de otro tipo, llegamos a la siguiente determinación:

En el caso concreto debe prevalecer el derecho humano de acceso a los datos personales (expediente médico) del quejoso, reconocido en los artículos 6o y 16 de la Constitución mexicana, por lo que se le otorga el amparo a efecto de que la autoridad responsable (el hospital Médica Sur) proporcione los datos e información contenida en el expediente clínico del quejoso, para los fines que él mismo estime convenientes, sin que sea una razón para negar el acceso el que el prestador de servicios médicos sea el dueño del expediente o que ya no sea paciente el quejoso del hospital. De esta forma, se aduce que el titular de los datos personales contenidos en el expediente médico es solamente el quejoso, el cual, constitucionalmente, puede acceder, rectificar, cancelar y oponerse a la utilización que se le de a sus datos por parte del hospital privado, ello, de conformidad con las normas jurídicas nacionales sobre protección de datos personales en posesión de particulares.

Pues bien, como lo hemos asumido, en el contexto de la toma de decisiones judiciales, no basta con llegar a un resultado o producto, esto es, emitir una sentencia que resuelva la tensión entre derechos, sino que se requiere efectuar un ejercicio más amplio de justificación de las sentencias, mediante su fiscalización; en este sentido, resulta necesario someter nuestra decisión a un test de corrección bajo los parámetros asumidos por Atienza. En el siguiente cuadro, presentamos el escrutinio de la decisión adoptada al caso hipotético analizado en esta investigación:

⁵⁵² Para un análisis de las etapas del modelo de argumentación de Atienza, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 646-651.

Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel Atienza:

Criterios de corrección:	Acredita el criterio:	Por qué lo acredita o no lo acredita:
Universalidad	Sí	Para la emisión de la decisión se consideró un caso análogo, en el cual se interpretó extensivamente el derecho humano de acceso a los datos personales sobre otros derechos como el de propiedad privada. Asimismo, se consideró el enunciado universal que señala cuando se den las circunstancias de que una persona solicita el acceso a sus datos personales y la autoridad se niega rotundamente a brindar tal acceso, es probable que se materializa el hecho de que la información es errónea.
Coherencia	Sí	Derivado de que la decisión judicial es compatible con el principio del sistema jurídico nacional, que señala que todas las personas deben tener acceso irrestricto a sus datos personales, así como con las teorías científicas que reconocen los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto de los datos personales sensibles (como son el estado de salud).

Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel

Atienza:

Adecuación de consecuencias	Sí	<p>Para la emisión de la sentencia se consideraron todos los efectos futuros que la misma generaría. En este sentido, se identificó que las consecuencias eran en su mayoría de naturaleza positiva, por ejemplo, se va contribuir a crear una cultura de respeto hacia los datos personales sensibles, asimismo, se va propiciar el que los entes privados asuman un apostura de difusión del expediente clínico a favor de los titulares de la información contenida en el mismo. Todavía más, la decisión promoverá el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el contexto médico.</p>
Moral social	Sí	<p>Este criterio fue superado, ya que para emitir la decisión, se tomaron en cuenta las convenciones sociales prevalecientes en nuestro país, a saber, la moral social, la cual entiende que los datos sobre el estado de salud de las personas constituye información íntima y sensible. De esta manera, la decisión se relaciona directamente con los criterios mayoritarios que prevalecen en la sociedad mexicana, con lo cual se contribuye a acercar la labor de los jueces con los ciudadanos, los que, de hecho, no puede elegir a los jueces mediante votaciones, como sí lo hacen para el caso de otros servidores públicos.</p>

Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel

Atienza:

Moral justificada	Sí	Se cumplió el criterio, toda vez que en la emisión de la determinación judicial defendida, se utilizó una moral objetiva (justificada), ello implicó, que para decantarnos por su adopción, se recurrió al diálogo abierto entre los servidores públicos del juzgado de distrito y las mismas partes en conflicto, llegando al consenso de que la moral que debe sustentar la decisión es la que entiende que los datos médicos personales constituyen información sensible de la que sólo son titulares las personas y no los prestadores de servicios médicos (hospitales). Por lo que al lograr el consenso, bajo ciertas reglas de la discusión, dicha moral se transformó en una moral justificada, esto es, objetivada.
-------------------	----	---

Con base en el anterior ejercicio de evaluación, se puede afirmar sin equivocarnos, que la sentencia, al menos bajo los parámetros de Atienza, es una decisión correcta y constitucional, ya que ha logrado acreditar todos y cada uno de los criterios de corrección expuestos por dicho autor, así, se asume que es indispensable y deseable contar con un modelo de calificación-fiscalización de las decisiones, a fin de generar la adhesión de las partes y la sociedad a las determinaciones emitidas por los jueces constitucionales.

C. Estudio crítico

Pese a las bondades de los criterios de calificación del modelo de Atienza, cabría realizar un análisis crítico de los mismos en el ámbito del orden jurídico mexicano, a fin de evaluar las fortalezas y debilidades de los criterios de corrección descritos por dicho autor, ello, con el único ánimo de contribuir al desarrollo y diálogo en torno a la teoría de la argumentación jurídica.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que el mismo es muy básico, por lo que no representa un elemento relevante para calificar la argumentación, así todo jurista entiende que en la emisión de todo acto de autoridad, se debe materializar, en la medida de lo posible, el criterio de justicia formal, de esta manera, se necesitan crear otros parámetros más sofisticados y compatibles con las demandas actuales de la toma de decisiones judiciales, además, se sabe que es posible abandonar el criterio de universalidad (justicia formal), si las condiciones así lo demandan, para lo cual, se debe argumentar el abandono del criterio.

Respeto al criterio de coherencia, cabría retomar la críticas efectuadas al mismo cuando se analizó el modelo de MacCormick, por lo que se reiteran las objeciones sobre la dificultad de identificar y elegir los valores que fungirán como parámetro rector de la decisión. Todavía más, se añade a la crítica el problema que comporta incluir como elementos de medición a las teorías científicas, pues en el ámbito de las ciencias sociales y, del derecho en particular, existe una diversidad de postulados científicos que en muchos casos se contraponen, de esta forma, se considera que no es un criterio adecuado para calificar la corrección de la argumentación, ya que podría ser arbitrario el esquema de elección, en todo caso, si se opta por su utilización, se tendrían que definir previamente reglas para elegir los postulados teóricos, que servirán como respaldo de las sentencias, a fin de no caer en argumentos de autoridad.

Sobre el criterio de adecuación de consecuencias, se reitera que el mismo es de compleja aplicación en el ámbito mexicano, derivado del exceso de trabajo de la mayoría de los tribunales del país, por lo que, se debe comenzar por resolver el problema de saturación judicial, antes de intentar aplicar este parámetro de evaluación. Así, se advierte que en la conciencia de los jueces está presente el ánimo de aplicarlo, el cual, desafortunadamente, se desvanece al momento de iniciar sus actividades con la lista de asuntos en trámite en su juzgado o tribunal.

En torno al criterio de moral social, se afirma que el mismo más allá de lograr la legitimidad de los jueces en la sociedad mexicana, puede propiciar

arbitrariedad judicial y malestar social. Este parámetro desconoce que existe una pluralidad de morales positivas en México, que se sustentan en la diversidad de formas de ver y comprender el entorno humano, que la misma Constitución reconoce, así las preguntas que surgirían para los defensores de este elemento de evaluación son: ¿qué moral social va aplicar el juez? ¿con base en qué criterios va elegir entre la diversidad de moralidades? si la decisión se va a tomar como la mayoría desea que se tome ¿qué hacemos si la mayoría aprueba la vulneración de la dignidad humana?

Se piensa que este criterio debe abandonarse, ya que genera más problemas de los beneficios que presenta, así, se observa que si bien es importante que el juez se comprometa con la sociedad, ello no implica el abandono de los criterios técnicos que debe mostrar en la toma de decisiones, la legitimación judicial se logra con el quehacer diario, con la argumentación correcta, no mediante la emisión de sentencias que muestren los deseos de alguna parte de la sociedad, a saber, una moral positiva. Por ejemplo, un rubro importante de la sociedad mexicana piensa que a los secuestradores se les deberían aplicar las máximas sanciones, si fuera posible hasta pena de muerte, en el mejor de los casos, la tortura y tratos inhumanos, pero ello, no es compatible con criterios científicos y técnicos que han mostrado que una sanción severa no necesariamente inhibe ni resuelve el problema de la comisión de delitos, además, sería inconstitucional e inconvencional dejarse llevar por el sentir de la sociedad, ya que cualquier persona, incluso el condenado por los peores delitos, es ante todo persona y tiene dignidad y derechos humanos que se deben respetar, lo que no se corresponde con la moral positiva de cierta parte de la sociedad mexicana, que desearía suspenderles su dignidad, ahí el gran problema de este criterio de evaluación.

Finalmente, sobre el criterio de moral justificada, se observa que este criterio puede ser poco operativo en los juzgados de distrito que se integran por un sólo juez, pues además del diálogo que debe tener el juez con las partes en conflicto ¿con quién más va discutir y consensuar en el interior del juzgado? con mucho, se prefiere la utilización de este criterio que el de moral social,

pues se asume que la razonabilidad y el consenso deben guiar la argumentación jurídica.

Hasta aquí con lo señalado en torno al marco teórico de la argumentación jurídica, el cual como pudimos observar a lo largo de todo este capítulo, se puede desarrollar bajo diversas líneas de investigación, en nuestro trabajo sólo se agotó una de estas líneas de análisis, a saber, la referente a los criterios de corrección de la argumentación jurídica. A fin de contar con una radiografía completa del tema y siguiendo los objetivos centrales de la presente investigación, en el capítulo siguiente se presentará un estudio de casos prácticos sobre justicia constitucional e internacional, lo cual resultará útil en dos sentidos, por un lado, para identificar las tendencias actuales en materia de evaluación de la justificación judicial, por el otro, para asumir una postura final de cara a la corrección de la argumentación jurídica en el ámbito nacional.

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS

I.- Justicia constitucional frente a los derechos humanos

La justicia constitucional juega un papel fundamental en la protección efectiva de los derechos humanos, ya que es a través de las cortes nacionales como se logra de manera directa la corrección de las vulneraciones ilegítimas a los derechos de todas las personas. Así, se debe asumir que son los tribunales constitucionales los que tienen que atender, en primer lugar, las violaciones a los derechos humanos y sólo ante posibles deficiencias en su actuación, se pueden activar los mecanismos de protección internacional y no al revés, de ahí que al sistema universal y sistemas regionales de protección de derechos humanos, se les identifique como esquemas subsidiarios de defensa de los mismos.⁵⁵³

De esta manera, para que las personas puedan acudir a las instancias internacionales a defender sus derechos humanos, se les exige invariablemente el agotamiento previo de todos los recursos internos, lo cual obedece a la postura de que las quejas de las personas deben desahogarse exclusivamente en el contexto del derecho doméstico.⁵⁵⁴

Ahora bien, es adecuado hablar de derechos humanos y justicia constitucional como elementos comunes, derivado de las cláusulas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos que muchas constituciones de la región adoptan, por ejemplo, la de México, Colombia y

⁵⁵³ Existen cuatro sistemas de protección de derechos humanos en el seno internacional, por un lado, el sistema universal que se configura en el marco del aparato de las Naciones Unidas, por la otra, sistemas regionales que se insertan en el ámbito del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana. Tales andamiajes se caracterizan, entre otras cosas, por ser sistemas de protección de la persona frente al Estado y por comportar una naturaleza subsidiaria. *Cfr.* Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2014, p. 18.

⁵⁵⁴ Heftye Etienne, Fernando, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2017, p. 102.

España,⁵⁵⁵ así, como del efecto que tiene la jurisprudencia internacional en el derecho nacional.⁵⁵⁶ Ello, ha generado una nueva forma de ver y percibir tanto el derecho constitucional como el derecho internacional público, los cuales se complementan de forma intensa en el escenario jurídico actual. De tal suerte, que se puede hablar de un sólo orden universal, al menos, en el contexto de la vigencia y protección de los derechos humanos, un orden que ha sido identificado con la vertiente de pluralismo constitucional, el cual representaría

⁵⁵⁵ En concreto, el artículo 1o de la Constitución de México establece una cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, al señalar que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de Colombia establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. En sentido similar, el artículo 10.2 de la Constitución española precisa que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁵⁵⁶ Por ejemplo, en nuestro país la contradicción de tesis 293/2011 establece con precisión el alcance que debe tener la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que resuelve dicha contradicción, se señala que los criterios jurisprudenciales de tal Corte, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, se determina que en cumplimiento del artículo 1o Constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: a) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; b) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y c) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 61, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 10 de septiembre de 2017.

una superación de las teorías monistas (Kelsen) y dualistas (Triepel) que tratan de explicar las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional.⁵⁵⁷

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado las relaciones entre los órdenes nacional e internacional en el contexto de los derechos humanos, bajo la idea de parámetro de control de regularidad constitucional.⁵⁵⁸ aunque, cabe resaltar que en el ámbito académico, se han distinguido las expresiones parámetro y bloque de constitucionalidad, por ejemplo, se señala que el primero se refiere a contenidos procesales, a diferencia del segundo, que abarca contenidos sustanciales.⁵⁵⁹

Con todo, de las conexiones de complementariedad entre los órdenes nacionales e internaciones es posible afirmar que hoy en día se avanza hacia la internacionalización del derecho constitucional y, de la misma forma, hacia la constitucionalización del derecho internacional.⁵⁶⁰ Todo lo cual, nos presenta una realidad indiscutible, esto es, que la existencia aislada de los órdenes jurídicos es imposible, pues resulta fundamental su articulación, armonización y complementariedad a fin de materializar su efectividad.⁵⁶¹

⁵⁵⁷ Sobre la teoría del pluralismo constitucional y sus postulados véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno,” *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio 2016, pp. 15-60, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002> , página consultada el 10 de septiembre de 2017. En el contexto nacional también se ha estudiado el pluralismo constitucional en Romero Martínez, Juan Manuel, *La protección multinivel de los derechos humanos...*, cit. Disponible en <http://revistametodos.cd hdf.org.mx/index.php/la-proteccion-multinivel-de-los-derechos-humanos-tendencias-y-desafios-para-la-region-interamericana>, página consultada el 10 de septiembre de 2017.

⁵⁵⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de tesis 293/2011...*, op. cit., pp. 60 y 61.

⁵⁵⁹ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel, et. al., (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 117-168 (p. 122).

⁵⁶⁰ Gómez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa, 2014, p. 353.

⁵⁶¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial...*, cit., p. 303.

Con base en lo descrito, se puede comprender la conexión entre la justicia constitucional y los derechos humanos, reconocidos en las propias Cartas Constitucionales (se destaca que las constituciones de México y de Guatemala incorporan expresamente un título o capítulo sobre los derechos humanos y no de derechos fundamentales o derechos como la mayoría de las constituciones lo hace) y en los tratados internacionales, los cuales conforman un sólo canon de protección y garantías que debe ser estudiado en el ámbito de la argumentación jurídica desplegada por los jueces constitucionales, con el objeto de evaluar el alcance práctico y real de los derechos humanos, a saber, su eficacia concreta.⁵⁶²

De esta manera, en esta parte de la investigación, se van a identificar los modelos de corrección de la argumentación que están asumiendo los jueces constitucionales para calificar sus sentencias que resuelven colisiones entre derechos humanos. Lo anterior, nos va permitir tres cosas, por un lado, obtener una muestra de la situación práctica sobre la toma de decisiones judiciales en torno a los derechos humanos, por otro, conjuntar parámetros y esquemas de evaluación de la argumentación que pueden ser útiles en el ámbito de la justicia constitucional mexicana, por último, evaluar el compromiso e interés de los jueces constitucionales con la fiscalización objetiva de sus sentencias.

II.- Justificación de la elección de los casos prácticos

Antes de comenzar con el desarrollo y análisis de los diversos casos judiciales en el contexto de la justicia constitucional, es necesario justificar la elección de los mismos, en este sentido, en el presente apartado se describirán, con cierto énfasis, los parámetros utilizados para la elección, ya que no somos partidarios de la arbitrariedad en la ciencia jurídica, ni en la

⁵⁶² Por ello, algunos críticos identifican a los derechos humanos como esencialmente estatistas (en el modo de Estado-nación). Cfr. Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición- Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, (Crítica y derecho, núm. 3), 2011, p. 123. Con mucho, no percibimos un problema, sino una oportunidad para que los Estados se comprometan con los mismos, paradójicamente, se resalta que dentro del propio Estado se han diseñado herramientas para su defensa jurídica, por ejemplo, el juicio de amparo o los mecanismos cuasi-jurisdiccionales como la queja ante los organismos de protección de derechos humanos.

práctica judicial. El desarrollo del presente modelo de justificación nos ayudará a eliminar tal arbitrariedad científica y a disminuir la subjetividad en la ciencia, aunque, desde luego, no se pretende suprimir la misma por completo, pues como se sabe los juicios valor intervienen, inevitablemente, al inicio de toda investigación, cuando por ejemplo, se elige el tema, así como al final de la investigación, cuando se obtienen los resultados y se plantean los problemas de su posible utilización práctica y teórica.⁵⁶³

Con todo, el escenario justificativo va contribuir a dotar de cierta objetividad a nuestra investigación, así como a brindarle un respaldo metodológico-científico, pero no desde la simple lógica o método inductivo, como pudiera erróneamente pensarse, sino más bien desde el método de falsación y contrastación propuesto por Popper. En efecto, al igual que dicho autor, consideramos que es muy complejo derivar enunciados universales partiendo de enunciados singulares (por elevado que sea el número de casos concretos utilizados), así asumimos que toda conclusión que se obtenga bajo estos parámetros, corre el riesgo de resultar algún día falsa, pues, como dice Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con la investigación, no justifica determinar que todos los cisnes sean necesariamente blancos.⁵⁶⁴

Aplicando los postulados de Popper a los casos judiciales que analizaremos en esta investigación, se podría afirmar, con justa razón, que de los mismos no se puede obtener un enunciado general sobre la forma de evaluar los argumentos jurídicos (con lo cual estamos de acuerdo), pero, siguiendo el método de falsación, sí podremos extraerán conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, por medio de una deducción lógica, esas conclusiones las vamos a comparar entre sí y con otros enunciados científicos disponibles, con el objeto de encontrar relaciones lógicas entre ellas (equivalencia, compatibilidad y armonización), si dicho

⁵⁶³ Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Taurus, 1978, p.152.

⁵⁶⁴ Popper, Karl R, *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez De Zavala, cuarta reimpresión, Madrid, Tecnos, 1977, p. 27.

ejercicio nos presenta un resultado positivo, es decir, si las conclusiones singulares son aceptables, compatibles y equivalentes, esto es, verificadas, los criterios de evaluación y, consecuentemente, la hipótesis general planteada en la introducción de esta investigación, han pasado con éxito el examen de contrastación de Popper, por lo que se podrá asumir, que no existen razones, hasta ese momento, para desechar dicha hipótesis.⁵⁶⁵ Veremos pues la aplicación del método de Popper al concluir con el estudio de todos los casos prácticos que se plantearán en este capítulo de la investigación.

Por todo ello, al justificar la utilización de algunos casos judiciales (enunciados particulares) no estamos asumiendo que los mismos constituyen una base para afirmar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica (enunciado general), sino solamente que los mismos han sido elegidos de forma objetiva (o con cierta objetividad), asimismo, que los casos a estudiar constituyen una herramienta útil en nuestra investigación, ya que de los resultados que arroje dicho análisis práctico, se podrán formular posturas propias (conclusiones) en torno a la evaluación de la argumentación jurídica nacional, de esta forma, se afirma que si las conclusiones logran acreditar el método de falsación de Popper, serán comprobadas y validadas, en caso contrario, no todo estará perdido, pues tendremos una línea de investigación agotada, que servirá para que futuros estudios se dirijan a otras vertientes no exploradas, lo cual, en el terreno de la ciencia es de utilidad práctica.

Bajo este sendero, se precisa que se analizarán en la presente investigación tres casos prácticos de la justicia constitucional de México, Colombia y España, las razones y parámetros que sirvieron para elegir dichos países fueron las siguientes:

- Se trata de tres Estados que pertenecen a la familia jurídica del *civil law*, por lo que comparten principios, estructuras, lenguaje y postulados en torno a la caracterización del fenómeno jurídico, lo cual contribuye a que se puedan realizar comparaciones pertinentes entre ambos países, en particular, en la actividad desplegada en el ámbito de la justicia constitucional.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

- Son países en los cuales ha existido un considerable desarrollo de la justicia constitucional, derivado de los criterios que han emitido sus cortes constitucionales y de la interpretación que han formulado sobre los derechos humanos (como lo veremos en los casos a analizar), en concreto, se destaca el caso de Colombia y de España, los cuales son referentes en investigaciones nacionales y en la justicia constitucional mexicana.⁵⁶⁶ Sobre esto, cabe destacar que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado en sus sentencias trabajos de autores españoles, por ejemplo, en la sentencia que resolvió la contradicción de tesis 293/2011, cita una obra del español Francisco Javier Díaz Revorio, a fin de distinguir lo qué es una disposición y una norma en el seno de la dogmática constitucional,⁵⁶⁷ por su parte, en la sentencia del amparo en

⁵⁶⁶ Por ejemplo, en el ámbito académico son recurrentes los libros nacionales que citan sentencias de los tribunales constitucionales de Colombia y España, así como ideas de autores españoles, argentinos y colombianos. Véase Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, primera reimpresión, México, Porrúa, 2012. En dicha obra se citan a los siguientes autores españoles, argentinos y colombianos: Manuel Atienza, Josep Aguiló, Marina Gascón Abellán, Carlos Santiago Nino, Carlos Bernal Pulido, entre otros. En sentido similar, en la obra de Daniel Vázquez se citan y utilizan diversos trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido, así como varias sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y del Tribunal Constitucional Español. Cfr. Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Por otro lado, en el libro de José Miguel Cabrales se citan y utilizan diversas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y del Tribunal Constitucional Español, véase Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.

⁵⁶⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 53, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 12 de septiembre de 2017.

revisión 237/2014, se hace alusión a trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido.⁵⁶⁸

- Se trata de países que en sus cartas fundamentales establecen cláusulas de incorporación de tratados sobre derechos humanos,⁵⁶⁹ lo que convierte a dichos derechos en parte del orden constitucional, así, se tiene que las cartas fundamentales de México, Colombia y España materializan, en sus respectivos ámbitos espaciales, un verdadero bloque de constitucionalidad, a saber, una Constitución de derechos humanos.⁵⁷⁰
- Son países que han atravesado por escenarios complejos en materia de afectaciones y vulneraciones a los derechos humanos, por ejemplo, España con la dictadura de Franco, por su parte, México y Colombia, con los movimientos de independencia y con los conflictos internos que han vivido como países independientes.

⁵⁶⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.*, sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 36. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, página consultada el 12 de septiembre de 2017.

⁵⁶⁹ Como se ha señalado en otro lugar de la presente investigación, la Constitución de México reconoce la cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 1. La Constitución de Colombia lo hace en su artículo 93 y la de España en el artículo 10.2.

⁵⁷⁰ Ello, con independencia de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha preferido utilizar la expresión parámetro de control de la regularidad constitucional. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013*, p. 60, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 12 de septiembre de 2017. Con todo, para fines académicos, se debe reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad en México, el cual siguiendo a Arturo Guerrero, puede resumirse mediante la siguiente pregunta ¿existen enunciados normativos de apertura dentro de la Constitución que incorporen otros distintos a los contenidos formalmente en su texto? Cfr. Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, Fascículo 8, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 44. Para nosotros la respuesta sería afirmativa, esto es, el bloque de constitucionalidad implica una apertura de su contenido a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

- Son Estados que actualmente se pueden identificar como democráticos de derecho,⁵⁷¹ por lo que sus agendas de gobierno incorporan como una prioridad nacional, la protección y defensa de los derechos humanos, así, las preocupaciones de México, Colombia y España son similares o, mejor, convergentes.

Ahora bien, por lo que respecta a la justificación de la elección de los casos prácticos a estudiar, se señalan como razones las siguientes:

- Se trata de casos judiciales que fijan criterios sobre temas de debate contemporáneo, como son el uso recreativo de la marihuana o el derecho a la muerte digna (eutanasia), los cuales se consideran de relevancia para nuestras sociedades.
- Son casos prácticos que involucran tensiones entre nuevas dimensiones de los derechos humanos, que aún no han sido estudiadas con amplitud, ni se cuenta con investigaciones avanzadas en los temas que presentan los casos judiciales a desarrollar, por lo que la presente investigación busca crear líneas de abordaje de dichas dimensiones.
- Se trata de casos judiciales en los cuales se presenta una argumentación e interpretación de naturaleza extensiva, la cual resulta útil y necesaria para lograr una mejor protección de la dignidad de las personas.
- Son casos judiciales que se perciben como innovadores, ya que tratan tópicos sobre los que muchas otras cortes constitucionales no han querido asumir una postura concreta, por el temor a ser ampliamente criticadas o por la posible polarización del tema.
- Se trata de casos prácticos que pueden ser utilizados en la enseñanza del derecho, en concreto, de la argumentación jurídica, en virtud de que, en alguna forma, desarrollan herramientas útiles para la toma de decisiones,

⁵⁷¹ Cabe indicar que entre los postulados del constitucionalismo democrático y social, se tiene el que los textos constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas normas jurídicas, por lo que surten plenamente sus efectos. *Cfr.* Rui Pérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 129.

que los estudiantes de las facultades de derecho deben conocer, interpretar y criticar.

- Son casos judiciales que materializan, en la mayor medida de lo posible, una argumentación de carácter maximalista, que cubre no sólo el discurso jurídico sino también otro tipo de discursos conectados con aquél y de relevancia para el sentido de la decisión.

Pues bien, con base en lo descrito en este apartado, se tiene que los casos judiciales a analizar, se eligieron con cierta objetividad (ya que como se indicó la subjetividad siempre está presente en todo estudio científico), esto es, bajo parámetros concretos y definidos, por lo que podemos señalar que la investigación cubre los requisitos metodológicos exigidos sobre la elección de muestras empíricas. Con todo, se advierte que la muestra de casos prácticos es muy limitada (como lo es, en cierta forma, toda muestra), por lo que se reitera que no se busca generar una teoría científica de alcance universal sobre la evaluación de la argumentación jurídica,⁵⁷² sino más bien contribuir con el desarrollo de la misma, mediante aportaciones concretas que puedan ser utilizadas por los operadores jurídicos en la toma de decisiones judiciales, las cuales desde luego, se someterán a su comprobación mediante métodos concretos, a saber, el de falsación. Veamos pues que nos depara el análisis de los cuatro casos de justicia constitucional de los citados países.

III.- Análisis del caso “uso recreativo de marihuana” (amparo en revisión 237/2014) ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

1.- Descripción del caso

Los antecedentes del asunto se resumen en los siguientes puntos:

- En mayo de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, la emisión de

⁵⁷² Dicho ejercicio sería inadecuado e ingenuo, ya que sólo se cuenta con tres casos judiciales en la muestra empírica. Nuestra pretensión científica es menos ambiciosa, aunque, no por ello pierde su utilidad en el contexto nacional actual.

una autorización que les permitiera a ellos y a los asociados de la referida persona moral, el consumo personal y periódico con fines recreativos de marihuana, asimismo, una autorización para ejercer los derechos subyacentes al autoconsumo de marihuana, a saber, sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar, usar y cualquier otro acto relacionado con el consumo lúdico de marihuana.⁵⁷³

- En junio de 2013, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios indicó a los solicitantes que no era posible emitir la autorización requerida, ya que conforme a la Ley General de Salud, existía una prohibición en todo el territorio nacional para la realización de cualquier acto relacionado con la marihuana.⁵⁷⁴
- En julio de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz y Juan Francisco Torres Landa Ruffo, así como la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., promovieron un juicio de amparo indirecto en contra de la respuesta emitida a su petición, alegando la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos de identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y disposición de la salud.⁵⁷⁵
- Conoció del juicio de amparo el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, el cual, en agosto de 2013, emitió sentencia definitiva negando el amparo a los quejosos, para lo cual realizó un test de proporcionalidad sobre los artículos impugnados, llegando

⁵⁷³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.*, sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 2. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, página consultada el 14 de septiembre de 2017.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

⁵⁷⁵ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 3.

a las siguientes reflexiones: a) los artículos reclamados actualizan una restricción constitucionalmente válida referida a evitar la afectación de derechos de terceros, a través de un objetivo contenido en la Constitución, esto es, el derecho a la salud, b) la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo de proteger la salud y c) la medida impugnada es proporcional, pues no se trata de prohibiciones de consumo de marihuana, sino más bien de establecer condiciones para su ejercicio, lo que implica un impacto reducido en los derechos de los quejosos.⁵⁷⁶

- En diciembre de 2013, los quejosos interpusieron recurso de revisión en contra de la sentencia que les negaba el amparo, para lo cual, señalaron como agravios la indebida fundamentación y motivación del Juez de Distrito respecto a la restricción de los derechos humanos a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y a la disposición de la salud. En particular, los recurrentes aludieron que el juez de distrito hizo caso omiso a la mayoría de los argumentos vertidos para sostener la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, así como que efectuó un deficiente análisis de las pruebas aportadas.⁵⁷⁷
- En enero de 2014, la Secretaría de Salud interpuso recurso de revisión adhesiva, en representación del Presidente de la República y de la misma Secretaría de Salud, señalando que las restricciones al consumo de marihuana se encuentran debidamente justificadas, ya que se trata de medidas que: a) son admisibles, en virtud de que se encuentran dirigidas a proteger el derecho a la salud; b) son necesarias, toda vez que está probado científicamente que los efectos del consumo de la marihuana es dañino para la salud de las personas; y c) son proporcionales, pues el grado de la

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pp. 6, 8 y 9.

⁵⁷⁷ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...cit.*, pp. 9, 10 y 12.

limitación se corresponde con los beneficios que se obtienen al proteger la salud.⁵⁷⁸

- En enero de 2014 el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito admitió a trámite el recurso de revisión, asimismo, en marzo de 2014 resolvió que no tenía competencia para conocer del amparo en revisión, toda vez que subsistía un problema de constitucionalidad en el asunto en cuestión, para lo cual remitió el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de que ejerciera su competencia originaria.⁵⁷⁹
- Mediante auto de 9 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió su competencia originaria para conocer del amparo en revisión, el mismo fue turnado al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para su análisis y elaboración del proyecto de resolución respectivo.⁵⁸⁰

Una vez precisados con detalle los antecedentes del caso, el cual como se puede apreciar era complejo, cabe identificar cuáles fueron en concreto los derechos humanos que se encontraban en tensión y sobre los que nuestro Máximo Tribunal tenía que argumentar.

2.- Derechos humanos en colisión

En virtud de que los quejosos plantearon desde el inicio del caso, la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, se observa que los principios en tensión tienen que ver por un lado, con los fines constitucionales que persigue tal ley, por el otro, con los derechos humanos que se estarían afectando a través de sus determinaciones.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁵⁷⁹ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 15 y 16.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 16.

De esta manera, del estudio general del amparo en revisión, se desprende con facilidad que los derechos humanos y principios constitucionales⁵⁸¹ en colisión son los siguientes:

Por lo que hace a los fines valiosos que persigue la Ley General de Salud (de la cual fueron objeto de impugnación varios de sus artículos), el derecho humano a la protección de la salud, reconocido en el artículo 4o de la Constitución de la República, así como el principio constitucional de protección al orden público reconocido en los artículos 6o, primer párrafo, 94, noveno párrafo, 115, fracción VII y 130, segundo párrafo de la Constitución de nuestro país.⁵⁸² Para este último caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que si bien es complicado definir en qué consiste el orden público, asumió que se trata de un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general, por lo que resulta de orden público alcanzar objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o de políticas públicas.⁵⁸³

Los anteriores principios estarían en colisión con el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad de los quejosos (excluyendo a la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.), el cual si bien no está reconocido expresamente en la Constitución de la República, se deriva

⁵⁸¹ En teoría constitucional se puede distinguir entre principios de la Constitución, principios constitucionales y derechos humanos en estricto sentido, los primeros se identifican con la supremacía, fundamentabilidad, permanencia, inviolabilidad, y reformabilidad de la Constitución. Cfr. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa- Cámara de Diputados, 2006, p. 71. Entre los principios constitucionales se tienen al sistema federal, división de poderes, autorregulación de los partidos políticos, control estatal de los programas de educación básica y separación de la iglesia y el Estado. Véase Romero Martínez, Juan Manuel, "Estudios sobre la argumentación...", *cit.*, p. 53.

⁵⁸² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 45.

⁵⁸³ *Idem*. Es posible elevar la idea de orden público nacional a un orden público internacional, de componentes múltiples, el mismo se constituye como un límite de actuación de los sujetos de las relaciones internacionales, el orden público internacional va más allá del *ius cogens*, en concreto, constituye una especie de segundo piso normativo conformado por normas de derecho penal, derechos humanos, derecho humanitario y principios de derecho internacional. Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 34 y 35.

(según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) del derecho a la dignidad, previsto en el artículo 1o constitucional y de forma indirecta en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país.⁵⁸⁴

Detengamos un poco para analizar este derecho humano. En la sentencia que resolvió el amparo directo 6/2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que toda persona tiene derecho a elegir de manera libre y autónoma, su proyecto de vida, la forma en que logrará las metas y objetivos que son importantes para él. En dicha determinación, se explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la consecución del proyecto de vida que tiene el ser humano, lo que supone el reconocimiento estatal de la facultad de toda persona para desarrollarse en su individualidad, sin coacción, ni controles por parte de los demás, ello, a fin de cumplir las metas que se ha trazado, esto es, la persona humana es quien establece el sentido de su propia esencia, de acuerdo a sus valores, expectativas, deseos y gustos.⁵⁸⁵

Ahora bien, se resalta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido en diversas determinaciones judiciales (amparo directo en revisión 917/2009, amparo directo en revisión 1819/2014 y contradicción de tesis 73/2014), la línea jurisprudencial que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones y decisiones ligadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.⁵⁸⁶

Por todo ello, es posible afirmar como lo hizo el Alto Tribunal de nuestro país, que en el caso en análisis, el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad permite *prima facie* que todas personas mayores de edad decidan sin intercepciones de ninguna naturaleza, qué tipo de actividades lúdicas quieren realizar (como podría ser el consumo de marihuana), así como llevar a cabo todas las acciones indispensables para poder concretar tal decisión, ya

⁵⁸⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 30.

⁵⁸⁵ *Idem*.

⁵⁸⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., pp. 34, 35 y 36.

que la elección de cualquier actividad recreativa es una determinación que pertenece invariablemente a la esfera de autonomía personal.⁵⁸⁷

3.- Argumentación y sentencia

El esquema de argumentación utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Unión en la sentencia que se comenta, se dividió en las siguientes cuatro partes:⁵⁸⁸

- Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido en la Ley General de Salud.
- Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Determinación de si la medida impugnada acredita las cuatro niveles del test de proporcionalidad de Alexy: a) constitucionalidad de los fines perseguidos por la medida, b) idoneidad, c) necesidad, y d) proporcionalidad en sentido estricto.
- Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados por los quejosos.

Con el objeto de identificar en toda su complejidad la argumentación de dicho tribunal constitucional, a continuación expondremos cada uno de los elementos del esquema, aunque, se precisa que sólo esbozaremos los puntos más sobresalientes de cada uno de los cuatro elementos utilizados. Comencemos pues con el estudio de la argumentación jurídica desplegada por el Alto Tribunal de nuestro país.

Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud:

En la sentencia se establece un análisis amplio respecto de la regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, para lo cual se destaca que todo acto relacionado con los mismos, requiere de autorización de la Secretaría

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁸⁸ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 21.

de Salud, la que sólo puede emitirla con fines médicos o científicos. Asimismo, se destaca que existe una prohibición expresa para otorgar dicha autorización respecto de determinados estupefacientes y psicotrópicos, entre los que se encuentra la marihuana, sustancia materia del recurso de revisión.⁵⁸⁹

Por otro lado, se esboza que solamente para fines de investigación científica, la Ley General de Salud contiene un supuesto extraordinario para permitir la adquisición de estupefacientes y psicotrópicos considerados un problema grave para la salud pública, para ello, el organismo o institución respectivo debe obtener una autorización de la Secretaría de Salud, mediante la presentación de un protocolo de investigación aprobado por dicha dependencia.⁵⁹⁰

Con base en lo descrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que las normas impugnadas por los quejosos constituyen un sistema de prohibiciones administrativas sobre los estupefacientes y psicotrópicos, que conllevan una barrera jurídica para realizar diversas acciones que materialicen el autoconsumo de marihuana, como son su siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, entre muchas otras más. Todavía más, se señala que las autorizaciones establecidas en la Ley General de Salud para la realización de actos relacionados con estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no incluyen la posibilidad de que la marihuana pueda ser utilizada con fines lúdicos.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 22 y 24. Se destaca que cuando se emitió la sentencia que se comenta, la regulación sobre el uso de la marihuana para fines medicinales era distinta, ya que se establecía en el artículo 237 de la Ley General de Salud una prohibición para todo acto de uso y consumo respecto de la marihuana y otras sustancias y vegetales. Sin embargo, como consecuencia de la reforma a la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de junio de 2017, el artículo 237 ya no enuncia a la marihuana, por lo que actualmente se permite su uso medicinal y científico mediante autorización de la Secretaría de Salud. Véase artículos 234, 235 y 237 de la Ley General de Salud, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf, página consultada el 17 de septiembre de 2017.

⁵⁹⁰ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 24.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

Ahora bien, el Máximo Tribunal del país en su análisis de la regulación sobre estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no pasa por alto que el artículo 478 de la Ley General de Salud establece que el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra del delito de posesión de narcóticos, para quien sea farmacodependiente o consumidor, siempre y cuando posea, por ejemplo, hasta cinco gramos de marihuana para consumo personal.⁵⁹²

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta que dicha disposición esboza una excluyente de responsabilidad, lo que implica que en los supuestos de consumo personal (conforme a las cantidades permitidas por el artículo 479 de la Ley General de Salud), no debe aplicarse la pena a quien haya cometido el delito de posesión de narcóticos, sin embargo, no se establece un derecho de consumo personal como lo solicitan los quejosos, así para dicho tribunal constitucional, los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud, se concretan a despenalizar el consumo de marihuana y otros narcóticos, en una cantidad muy reducida, pero no permiten de ninguna forma, la realización de otras actividades subyacentes al autoconsumo como podría ser la siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, entre otras más.⁵⁹³

Una vez precisado el alcance de las normas impugnadas por los quejosos, el Alto Tribunal de nuestro país se dio a la tarea de estudiar en la sentencia que se estudia, si el sistema de prohibiciones administrativas de la Ley General de Salud, comporta o no las afectaciones que los quejosos hicieron valer en sus peticiones.⁵⁹⁴ Veamos pues el análisis argumentativo desplegado sobre dicho tópico.

Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

⁵⁹² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 25.

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

⁵⁹⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 26.

Para empezar, se señala que la argumentación jurídica esbozada por la Suprema Corte es de naturaleza extensiva, ya que para determinar si la medida impugnada interviene en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se presentan argumentos y consideraciones de diversa naturaleza, como son de corte moral, jurídico, doctrinarios y de precedentes nacionales e internacionales, lo que nos deja ver que todo proceso de toma de decisiones judiciales debe abrirse a otros discursos, a fin de sustentar de mejor manera la decisión.⁵⁹⁵

Los jueces constitucionales inician su argumentación aludiendo que el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de dos etapas, en la primera, se debe determinar si la norma impugnada incide en el alcance o contenido *prima facie* del derecho en cuestión.⁵⁹⁶ Para ello, se deben precisar cuáles son las conductas cubiertas inicialmente por el derecho humano en cuestión.⁵⁹⁷ En la segunda etapa, se tiene que determinar si la norma impugnada que efectivamente interviene en el contenido *prima facie* del derecho humano es constitucional, esto es, si existe una justificación constitucional para que la medida legislativa limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho humano, para tal efecto, se debe aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio.⁵⁹⁸

En este sentido, para determinar si la medida legislativa limita el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte

⁵⁹⁵ Por ejemplo, a lo largo de la sentencia, se citan los siguientes trabajos académicos: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007; Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del 'coto vedado'", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989 y Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2a ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., pp. 27, 28 y 29.

⁵⁹⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, p. 45. (original no consultado cit. por Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 27).

⁵⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 27.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

de Justicia de la Nación presenta un análisis general de la idea del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual expone muchos criterios judiciales que ha emitido en torno a dicho derecho, así como de algunos generados por el tribunal constitucional alemán, con lo que concluye que la línea jurisprudencial del Máximo Tribunal del país reconoce que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.⁵⁹⁹

Ahora bien, para identificar si el consumo recreativo de marihuana, que reclaman los quejosos, se encuentra protegido *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte señaló que tal derecho permite *prima facie* que las personas mayores de edad, elijan sin interferencia de ningún tipo, las actividades recreativas que quieran realizar, así, la elección de alguna actividad es una decisión que pertenece invariablemente a la esfera de la autonomía personal. La elección puede incluir el consumo de sustancias que generen experiencias que afecten los pensamientos o las sensaciones de las personas, de esta forma, la decisión de fumar marihuana puede tener distintas experiencias mentales, las cuales se encuentran protegidas *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁶⁰⁰

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los artículos de la Ley General de Salud impugnados, efectivamente inciden en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que constituyen una limitación jurídica que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir las actividades recreativas que desean materializar, así como las acciones subyacentes a dicha elección, a saber, el autoconsumo de marihuana, su siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, entre otras más.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 28, 29, 31, 34, 35 y 36.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, pp. 36, 37 y 38.

⁶⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 38.

Con todo, cabe indicar que la argumentación del Máximo Tribunal va más allá de la simple identificación de la incidencia al contenido *prima facie* del derecho en cuestión, al establecer que dicho derecho no es un derecho absoluto, pues puede ser limitado a fin de conseguir algún objetivo constitucionalmente válido, sin embargo, para que sean constitucionales las intervenciones al libre desarrollo de la personalidad, las mismas deben superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, ser idóneas para proteger los derechos de terceros o el orden público, no deben afectar de forma innecesaria y desproporcionada el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁶⁰²

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye que el derecho al libre desarrollo de la personalidad adopta una doble naturaleza, antes de practicar el examen de proporcionalidad tiene un carácter *prima facie* y después de que se ha realizado dicho test adquiere un atributo *definitivo*, de modo que si la medida legislativa impugnada no acredita el test de proporcionalidad, el atributo definitivo del derecho será compatible con el carácter *prima facie*, por su parte, si la medida legislativa impugnada, se encuentra justificada en el contexto del juicio de proporcionalidad, el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad será más reducido que el *prima facie*.⁶⁰³

Como se puede apreciar, la argumentación jurídica desplegada por el Alto Tribunal de nuestro país, toma como referencia la idea de un contenido aparente o inicial del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, el cual puede ser limitado, por otros fines constitucionales valiosos, pues los derechos no son absolutos, con todo, se requiere evaluar a través de algún proceso racional la medida legislativa que limita el alcance *prima facie* del derecho, para lo cual, la Suprema Corte de Justicia se decanta por aplicar el método de Alexy, veamos pues el examen realizado a los artículos impugnados

⁶⁰² *Ibidem*, pp. 38 y 39.

⁶⁰³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 39.

de la Ley General de Salud a la luz del principio de proporcionalidad de dicho autor.

Análisis de proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada:

Como lo hemos apuntado, el test de proporcionalidad exige que se establezca si la intervención legislativa impugnada (sistema de prohibiciones administrativas) busca una finalidad constitucionalmente válida y, en caso de que se supere esta etapa del examen, se debe pasar a otro nivel, esto es, identificar si la medida legislativa acredita un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.⁶⁰⁴

Para comenzar, se señala que la Suprema Corte presentó un análisis de la constitucionalidad de los fines que persigue la medida impugnada, para lo cual identificó que el legislador al establecer las prohibiciones para la realización de actividades relacionadas con la marihuana buscó atender los efectos nocivos que la misma genera a la salud y al orden público.⁶⁰⁵

Después de un análisis detallado de los propósitos que persigue la Ley General de Salud, de su interpretación sistemática y de sus reformas, la Suprema Corte concluyó que la finalidad del esquema jurídico para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas es la protección de la salud y el orden público, así la intención concreta del legislador fue procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la colectividad de las consecuencias nocivas derivadas del consumo de las mismas. Derivado de lo cual, el tribunal constitucional determinó que ambas finalidades eran constitucionalmente válidas, ya que la protección de salud se encuentra reconocida en el artículo 4o constitucional y el principio de orden público en los artículos 6o, párrafo primero, 16 párrafo primero, 94, párrafo octavo, 115, fracción VII, 122, base quinta, inciso F) y 130, párrafo segundo de la Constitución de nuestro país.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 41 y 42.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, pp. 42-45.

Pese a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que la prohibición del consumo de marihuana por la simple autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo, pues la Constitución no establece un ideal de excelencia humana, más bien, permite que cada persona decida sobre su plan de vida, en tanto no afecte a los demás. Todavía más, en la Ley General de Salud o en sus procesos de reforma, no se desprende la voluntad del legislador de crear un determinado esquema de virtud personal, así la misma sólo busca proteger la salud y el orden público.⁶⁰⁷

Por otro lado, sobre la idoneidad de la medida impugnada el Alto Tribunal inicia su análisis indicando que la misma conlleva la existencia de una relación empírica entre la afectación al derecho y el fin que persigue tal afectación, siendo suficiente que la medida logre en algún modo y grado el propósito que busca el legislador. En el caso concreto, debe identificarse si el sistema de prohibiciones administrativas establecido por los artículos impugnados constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público.⁶⁰⁸

Para ello, los jueces constitucionales tuvieron que evaluar si el consumo de marihuana no causa daños a la salud o a la sociedad en su conjunto, de ser afirmativa la respuesta, la prohibición en el consumo de marihuana no sería una medida idónea para proteger el derecho a la salud y el principio de orden público.⁶⁰⁹

Para lograr tal cometido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó un análisis detallado sobre los efectos del consumo recreativo de marihuana bajo los siguientes parámetros: a) afectaciones a la salud, b) generación de dependencia, c) propensión a utilizar drogas más duras, e d) inducción a la comisión de otros delitos. Con lo cual consideró que para superar el criterio de idoneidad era suficiente con que dichas afectaciones se presenten, sin importar el grado que tengan, ya sea mínimo, medio o grave.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 46.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁰⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 49.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p.49.

Sobre las afectaciones a la salud se consideró que a pesar de que la evidencia médica muestra que el consumo de marihuana puede ocasionar daños a la salud, se trata de afectaciones no graves, siempre y cuando no se trate de consumidores que sean menores edad.⁶¹¹

Respecto a la generación de dependencia, la Suprema Corte puso de relieve la divergencia que existen entre los estudios que tratan este tema, con todo concluye que los consumidores regulares de marihuana no califican necesariamente como farmacodependientes.⁶¹²

Sobre la propensión a utilizar drogas más duras derivado del consumo de marihuana, con base en diversos estudios y reportes, el Alto Tribunal del país determinó que la misma tiene un bajo grado de incidencia en el consumo de drogas más riesgosas o duras.⁶¹³

En relación con la inducción a la comisión de otros delitos, se estableció que el consumo de marihuana no incentiva la comisión de delitos, aunque se constató que el uso de la misma sí afecta las habilidades para conducir vehículos automotores, lo que puede propiciar un aumento en la probabilidad de causar accidentes de tránsito.⁶¹⁴

Por todo ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que hay evidencia para establecer que el consumo de marihuana efectivamente causa afectaciones mínimas en la salud, así, se asumió que el sistema de prohibiciones administrativas impugnado es una medida idónea para proteger la salud. Asimismo, se concluyó que la ingesta de marihuana entre los conductores es un elemento que aumenta la probabilidad de causar accidentes de tránsito, lo que implica que la medida impugnada, en este aspecto concreto, es también idónea para proteger el principio de orden público.⁶¹⁵

⁶¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 54.

⁶¹² *Idem*.

⁶¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., p. 57.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁶¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, cit., pp. 59 y 60.

Por otra parte, sobre la necesidad de la medida impugnada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía evaluar si la misma era necesaria para proteger la salud y el orden público o si se contaban con mecanismos alternos, igualmente idóneos, que limitarían en menor grado el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.⁶¹⁶

Sobre esto, cabe hacer notar que para acotar el número de medidas alternativas que se pudieron considerar por el legislador, el Alto Tribunal efectuó un análisis sobre la regulación de sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol (mismos que cuentan con un régimen de permisión controlada), asimismo, se estudiaron las normas sobre el uso y consumo de marihuana en diversos países como Estados Unidos de América, Holanda y Uruguay, destacando, por ejemplo, que en este último país se autoriza el cultivo reducido de marihuana a un número mínimo de plantas en casas habitación.⁶¹⁷

Con base en dicho análisis, el Máximo Tribunal del país desprendió una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo de marihuana, la cual se explica bajo los siguientes elementos: a) limitaciones a los lugares de consumo, b) prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la sustancia, c) prohibiciones en la publicidad del producto y d) restricciones a la edad de las personas que la pueden consumir. Todavía más, se determinó que la permisión controlada del consumo de marihuana debe estar acompañada de políticas educativas y de salud respecto a los efectos adversos de su consumo y programas sociales para personas que han desarrollado adicción. Tales elementos apreciados en su integridad no prohibirían completamente el consumo de marihuana, sino que más bien acotarían los actos relacionados con el mismo.⁶¹⁸

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 60.

⁶¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 61, 62, 64 y 66.

⁶¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 66 y 67.

Una vez identificada la medida alternativa, se debe estudiar si la misma es igualmente idónea para cumplir los fines constitucionales que persigue la legislación impugnada, para lo cual, el tribunal constitucional determinó que sí es idónea para prevenir daños a la salud y al orden público, entre otras razones, porque las campañas de información han probado ser mecanismos más efectivos que las políticas prohibicionistas, asimismo, porque las medidas que prohíben el consumo en espacios públicos también son idóneas para evitar daños a la sociedad en su conjunto y porque la prohibición de conducir vehículos bajo el influjo de marihuana es un esquema eficaz para prevenir accidentes.⁶¹⁹

Para cerrar este punto referente al criterio de necesidad, la Suprema Corte señaló que la medida alternativa propuesta no sólo es idónea para proteger la salud y el orden público, sino que es una medida menos restrictiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la luz del sistema de prohibiciones administrativas impugnado, el cual es altamente suprainclusivo. Por ello, dicho tribunal determinó que las medidas alternativas resultan más benignas para el derecho en cuestión.⁶²⁰

Por todo lo señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas (medida legislativa impugnada) representa una medida innecesaria, ya que se cuentan con esquemas alternos igualmente idóneos para proteger la salud y el principio de orden público, que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, se determinó que la prohibición total del consumo de marihuana, con fines recreativos era inconstitucional, pues no se logró acreditar el criterio de necesidad del test de proporcionalidad.⁶²¹

Para seguir avanzando, cabría exponer el análisis que sobre el criterio de proporcionalidad en sentido estricto elaboró el Alto Tribunal, a fin de evidenciar

⁶¹⁹ *Ibidem*, pp. 67, 68 y 69.

⁶²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 69 y 70.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 70.

el desequilibrio entre la grave afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado leve en que se consiguen los objetivos legislativos mediante la prohibición del consumo de marihuana.⁶²²

En este sentido, el tribunal constitucional precisó que son evidentes las escasas afectaciones a la salud y al orden público, que busca proteger el sistema de prohibiciones sobre el consumo de marihuana, en contraste con la intensa restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad que propicia la medida impugnada.⁶²³

Así, entiende que una restricción a un derecho humano que prohíba la conducta garantizada por el mismo, será más intensa que una afectación que se ciña a prohibir en ciertos supuesto el ejercicio del derecho. Bajo este sendero, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que genera la medida impugnada (sistema de prohibiciones) se calificó como muy intensa, ya que representa una prohibición absoluta para consumir marihuana y para realizar las actividades subyacentes con dicho consumo.⁶²⁴

Ciertamente, para la Suprema Corte sólo estaría justificado que se afectara intensamente el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, si a su vez fueran muy graves los perjuicios relacionados con el consumo de marihuana que se busca evitar con el esquema de prohibiciones, de esta forma, el Alto Tribunal no encuentra que las afectaciones fueran de una magnitud tal que fundamenten una prohibición absoluta a la ingesta de marihuana.⁶²⁵

Con base en las anteriores consideraciones, la Suprema Corte argumentó que a pesar de que la medida impugnada acreditó los criterios de perseguir una finalidad constitucionalmente valiosa, así como el de ser una medida idónea para conseguir tales fines, se trata de una determinación legislativa que es innecesaria, pues hay medios alternativos también idóneos pero que afectan en

⁶²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 71.

⁶²³ *Ibidem*, p. 72.

⁶²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 73.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 74.

menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de que es desproporcionada en estricto sentido, pues genera una protección reducida al derecho a la salud y al principio del orden público, en comparación con la intensa afectación al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.⁶²⁶

Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados por los quejosos:

Con base en la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a la conclusión de que eran inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, de la Ley General de Salud, en las partes normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo del estupefaciente conocido como marihuana (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar) con propósitos recreativos, determinación de inconstitucionalidad que no implica una autorización para efectuar actos de comercio o cualquier otro acto que se relacione con la enajenación o distribución de marihuana. Asimismo, se concluyó que el consumo de la misma no debe afectar a terceros, por lo que no podrá realizarse frente a personas menores de edad, ni tampoco en lugares públicos.⁶²⁷

Todavía más, el Alto Tribunal aclaró que con la determinación no se realiza pronunciamiento en torno a la constitucionalidad de los tipos penales que criminalizan el consumo de la marihuana, sin embargo, al permitirles a los quejosos recibir una autorización por parte de la Secretaría de Salud para efectuar todas las actividades indispensables para el uso recreativo de la marihuana, se tiene que al efectuar las mismas, los quejosos no incurrirían en los delitos contra la salud previstos en la Ley General de Salud y en el Código

⁶²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, p. 75.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 76.

Penal Federal, ni tampoco se harían acreedores a una sanción administrativa en los términos fijados por la propia Ley General de Salud.⁶²⁸

Sentencia:

Con base en todos los argumentos y consideraciones esgrimidas en el caso judicial expuesto, la Primera Sala del Alto Tribunal resolvió el mismo en los siguientes términos:

a) son inconstitucionales los artículos impugnados de la Ley General de Salud, en las partes que precisan una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana con fines lúdicos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar), b) la declaratoria de inconstitucionalidad no supone una autorización para realizar actos de comercio o cualquier otro acto relativo a la enajenación o distribución de marihuana, c) el ejercicio del derecho al consumo de marihuana no debe perjudicar a terceros, d) se revoca la sentencia recurrida y se concede el amparo para el efecto de que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios otorgue a los quejosos la autorización a que se refieren los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, respecto a la marihuana y para los efectos señalados en la sentencia.⁶²⁹

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso amparo en revisión 237/2014, como se pudo apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utilizó el método de Robert Alexy, a fin de calificar la corrección de su decisión, por lo que asumimos la preferencia directa que tuvo el Máximo Tribunal con relación a dicho autor, a pesar de la existencia de diversos métodos que contienen diversos criterios de corrección, todavía más, cabe hacer notar que el amparo 237/2014, generó en 2016

⁶²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 237/2014...*, *cit.*, pp. 76, 77 y 79.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

diversos criterios aislados en torno al tema del uso recreativo de la marihuana a la luz del método de Alexy.⁶³⁰

Repasemos pues los elementos aplicados en el caso que se comenta, para ello, debemos identificar que con base en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la misma se sustenta en los siguientes parámetros de corrección: márgenes de acción estructural, idoneidad, necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.⁶³¹

Los cuales utilizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la justificación de su decisión desde dos enfoques, el primero, para sustentar la inconstitucionalidad de la medida impugnada, en segundo lugar, para respaldar su decisión sobre la permisón controlada del consumo de marihuana para fines lúdicos.

Sobre el criterio de las finalidades constitucionales válidas del primer enfoque, como se recordará el Alto Tribunal señaló que la medida legislativa impugnada (sistema general de prohibiciones administrativas para el uso de la marihuana) es una medida válida a la luz de la Constitución, ya que la misma

⁶³⁰ Por ejemplo, véase el análisis de uno de los criterios de corrección en el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, “Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas”, tesis aislada, 1a. CCLXVI/2016, 10a., en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Tomo II, Noviembre de 2016, p. 903, disponible en [⁶³¹ Los márgenes de acción estructural son el margen para la fijación de los fines, el margen para la elección de medios y el margen de la ponderación. Con mucho, se destaca que el Alto Tribunal se centró en el primer margen, el cual lo identifica como finalidades constitucionales válidas. Para Alexy, frente a un derecho fundamental, el legislador tiene un margen para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de afectación, que posibilita la intervención legislativa, así el legislador puede decidir por sí mismo si afecta un derecho y en razón de qué fines, propósitos o principios lo hace. *Cfr.* Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, *cit.*, pp. 32, 33, 39 y 48.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=I%25C3%25BA dico&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2013144&Hit=2&IDs=2013142,2013144,2013145,2013146,2013155&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=”, página consultada el 22 de septiembre de 2017.</p></div><div data-bbox=)

busca proveer el derecho a la salud de las personas y el principio de orden público, por lo que se logró acreditar este primer criterio de evaluación.

Respecto del parámetro de idoneidad en el contexto del primer enfoque, la Suprema Corte señaló que la medida impugnada era idónea para proteger la salud y el orden público porque hay evidencia para sostener que la marihuana sí causa pequeñas afectaciones a la salud, además de que cuando las personas han consumido marihuana y deciden manejar algún vehículo automotor sí ponen en riesgo el orden público. De esta manera, sí se logró acreditar el criterio de idoneidad.

Sobre el parámetro de necesidad a la luz del primer enfoque, se recuerda que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al aplicarlo, determinó que la medida impugnada no lo superaba, ya que se contaban con otras medidas alternas menos dañinas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que los artículos impugnados eran inconstitucionales al no superar este criterio de fiscalización.

Por lo que hace al criterio de proporcionalidad en sentido estricto del primer enfoque, se comenta que también lo utilizó el Alto Tribunal de nuestro país, a fin de evaluar el desequilibrio entre la gran afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo en que se logran con la medida impugnada la satisfacción del derecho a la salud y el principio de orden público, por lo que se determinó que no acreditaba tampoco este criterio, esto es, el sistema de prohibiciones administrativas sobre el consumo de marihuana era desproporcionado a la luz de los beneficios que se brindaban al derecho a la protección de salud y al orden público de cara a las afectaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como podemos observar, los cuatro parámetros fueron aplicados a fin de determinar que la medida impugnada era inconstitucional, al no lograr superar los criterios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que se concluye que, al menos, bajo el modelo de Alexy, sí se encuentra justificada y es correcta la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, como se sabe el Alto Tribunal no sólo se concretó en emitir y argumentar la declaración de inconstitucionalidad de la medida impugnada, sino que además presentó una respuesta alternativa al problema planteado, la cual también justificó con base en el método jurídico de Alexy, misma que hemos identificado como el segundo enfoque.

En este sentido, se recuerda que la decisión alterna de la Suprema Corte fue que se permitiera el uso controlado de marihuana, a saber, con limitaciones a los lugares de consumo, con la prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la misma y de generar publicidad del producto, así como establecer la edad de las personas que la pueden consumir. Todo ello, acompañado de políticas educativas y de salud respecto a los efectos nocivos de su consumo.

Dicha medida fue evaluada bajo los criterios de finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de respaldar la decisión sobre la permisión controlada del consumo de marihuana para fines recreativos. Veamos pues el análisis genérico efectuado por el Alto Tribunal.

Sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales válidas, se resalta que si bien la Suprema Corte no entró al estudio exhaustivo de los mismos, se aplican las mismas razones que para el primer enfoque, ya que la permisión controlada del consumo de marihuana busca, al igual que su prohibición absoluta, proteger la salud de las personas y el orden público.

Respecto de la aplicación del criterio de idoneidad en el segundo enfoque, como se recordará, el Máximo Tribunal asumió que la medida alternativa era idónea para proteger la salud y el orden público, porque las campañas de información eran más efectivas que las políticas prohibicionistas, y porque el prohibir el consumo de marihuana en lugares públicos y bajo el volante era también idóneo para controlar daños a la sociedad.

Por lo que hace al criterio de necesidad en el segundo enfoque, el mismo quedó verificado con la propia respuesta alternativa que presentó en su sentencia el Alto Tribunal, la cual es igualmente idónea para proteger el derecho a la salud y el orden público, pero menos inclusiva y dañina para el

derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, por lo que se pueda catalogar como necesaria para los fines que busca proteger.

Sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se observa que con la medida alternativa que presentó la Suprema Corte para regular el consumo recreativo de marihuana, se consiguió un mejor equilibrio entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la salud y el principio de orden público. Ello, ya que ante la protección reducida al citado derecho a la salud y al principio de orden público que logra la medida, se tiene una reducida limitación o afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues con la medida alternativa, se permite su consumo para fines lúdicos bajo ciertos parámetros, en lugar de prohibir su uso tajantemente, por lo que se observa una proporcionalidad entre dichos derechos.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación utilizados, se puede llegar a la conclusión de que la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014, fue la más correcta y adecuada, ya que logró justificar la inconstitucionalidad de la medida impugnada y además presentar un esquema alternativo de regulación controlada del consumo de marihuana, todo ello, bajo el tamiz del método de Alexy, el cual si bien no es perfecto, sí le sirvió al Alto Tribunal para calificar y fiscalizar la decisión asumida en el caso que se comenta, lo cual ya es útil para el desarrollo de la teoría de la decisión judicial de nuestro país.

IV.- Análisis del caso “muerte digna” ante la Corte Constitucional de la República de Colombia (Sentencia T-970/14)

1.- Descripción del caso

Los antecedentes del caso judicial que generaron la sentencia T-970/14, se dividieron por la Corte Constitucional en los siguientes tres puntos: a) de los

hechos y la demanda, b) intervención de la parte demandada y c) del fallo de primera instancia.⁶³²

De los hechos y la demanda:

En julio de 2013 la señora Julia interpuso acción de tutela en contra de Coomeva Entidad Promotora de Salud, S.A (Coomeva E.P.S), en defensa de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente (Art. 11 de la Constitución de Colombia que contempla sólo el derecho a la vida), los cuales consideró vulnerados por dicho prestador de servicios médicos. Para lo cual sustentó su demanda en los siguientes hechos:⁶³³

- La reclamante sostuvo que padece una enfermedad terminal que compromete gravemente sus funciones vitales, en este sentido, en 2008 la Fundación Colombiana de Cancerología dictaminó que padecía cáncer de colon.⁶³⁴
- Señaló que en enero de 2010, su enfermedad hizo metástasis, por lo cual fue sometida a una intervención quirúrgica llamada hemicolectomía, al igual que a sesiones de quimioterapia.⁶³⁵
- Con base en una tomografía realizada en febrero de 2012, la Clínica Vida determinó que la enfermedad había hecho progresión pulmonar y carcinomatosis abdominal. Por lo que, su médico tratante indicó que la paciente debía recibir varios ciclos de quimioterapia.⁶³⁶
- En febrero de 2012, la reclamante manifestó su voluntad de no recibir más ciclos de quimioterapia, ya que el tratamiento le causaba muchos efectos

⁶³² Corte Constitucional de la República de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S*, Expediente T-4.067.849, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014, pp. 5, 7 y 8, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, página consultada el 23 de septiembre de 2017.

⁶³³ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 6

⁶³⁵ *Idem*.

⁶³⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 6

secundarios que le impedían desarrollar sus actividades ordinarias sin ayuda de terceros.⁶³⁷

- En varias oportunidades, la reclamante le solicitó a su médico que le practicara el procedimiento de eutanasia, pero el médico se negó aludiendo que la eutanasia es un homicidio que no puede consentir.⁶³⁸
- En junio de 2013, un médico oncólogo indicó que el cáncer que padecía la paciente, se encontraba en franca progresión y que había deteriorado su estado funcional y calidad de vida, por lo que ordenó aplicar cuidados paliativos.⁶³⁹
- Con base en dichos hechos y con fundamento en la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia,⁶⁴⁰ la actora solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y ordenar a Coomeva E.P.S realizar las gestiones médicas necesarias para materializar su deseo de no continuar padeciendo los dolores que le produce su enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que al decir de la reclamante resulta incompatible con su concepto de vida digna. Así, solicitó al juez determinar en la sentencia la fecha y hora para morir dignamente a través de la eutanasia.⁶⁴¹

Intervención de la parte demandada:

Coomeva E.P.S, señaló que no vulneró los derechos fundamentales de la actora, pues en su opinión, no es posible practicar la eutanasia, ya que en el

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 6

⁶³⁸ *Idem*.

⁶³⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 6

⁶⁴⁰ En dicha sentencia se reconoció en Colombia el derecho fundamental a morir dignamente, sobre esto, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, *demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal promovida por José Eurípides Parra Parra*, Expediente: D-1490, Sentencia C-239/97 del 20 de mayo de 1997, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>, página consultada el 23 de septiembre de 2017.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

caso concreto no se cumplen todos los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en su sentencia C-239 de 1997.⁶⁴²

Entre las principales razones que expuso para sustentar su respuesta fue a) la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia, b) no existe ningún tipo de regulación que habilite a una entidad de la salud a prestar el servicio de eutanasia, c) la negativa del médico tratante en practicar la eutanasia, se sustenta en su derecho de objeción de conciencia, asimismo, indicó que no puede obligar a ninguno de los profesionales adscritos a su red de servicios a proceder en los términos solicitados, y d) no es de su competencia dictaminar si la actora padece una enfermedad terminal que le causa dolores insoportables, ya que su tarea se limita a la gestión de aspectos administrativos y a la prestación de servicios médicos.⁶⁴³

Del fallo de primera instancia:

En julio de 2013, un juzgado en materia civil de Medellín, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julia. Ello, ya que para dicho juzgado la Sentencia C-239 de 1997 estableció las bases para el reconocimiento de la eutanasia, sin embargo, ordenó al Congreso regular la

⁶⁴² *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 7. Existen cinco puntos establecidos por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-239 de 1997, que sirven como parámetros para practicar el procedimiento de eutanasia: a) una verificación rigurosa del paciente, con el fin de corroborar la madurez de su juicio y la voluntad inequívoca de morir, b) indicación clara de los médicos que deben intervenir en el procedimiento, c) la forma y circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento, d) las medidas que deben ser usadas por el médico para practicar la eutanasia y e) crear procesos educativos en relación con valores como la vida para que esa decisión sea la última que se tome. *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴³ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

materia sin que hasta la fecha exista un marco normativo que indique a los médicos, cómo deben actuar en los casos de eutanasia.⁶⁴⁴

2.- Derechos humanos en colisión

El caso en estudio representa una interesante tensión entre un mismo derecho humano pero desde su aspecto positivo y negativo, se considera que es una tensión del mismo derecho desde diversos enfoques (aunque no se señale así en la sentencia), porque la prestadora de servicios de salud y los médicos tratantes de la demandante, se niegan a practicar la eutanasia, tomando como base el derecho a la vida, por su parte, la propia peticionaria reclama que se proteja su derecho a una muerte digna, esto es, su derecho a la vida desde el ámbito negativo.

Por ello, se puede identificar que los derechos en colisión en este asunto son los siguientes:

El derecho a la vida de la demandante que se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, el cual señala que el derecho a la vida es inviolable, mismo que es defendido por Coomeva E.P.S y los médicos tratantes de la Julia.

Por otro lado, se tiene el derecho a una muerte digna que reclama la señora Julia, el cual se desprende del mismo artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, además, encuentra su fundamento directo en la sentencia C-239/1997 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental,

⁶⁴⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 8 y 9. Con todo, cabe hacer notar que la Sentencia C-239 de 1997 confirmó la idea de que los tribunales constitucionales, deben estar en sintonía con las necesidades y expectativas sociales, esto es, deben ser hijos de su tiempo, por ello, se encuentran llamados a adaptar las cartas constitucionales a las cambiantes condiciones de la sociedad en la cual se desenvuelven. De esta forma, la interpretación es un proceso de renovación de las Constituciones, que busca impedir que las mismas se asuman como instrumentos anquilosados. *Cfr.* Sierra Porto, Humberto Antonio, "Los nuevos derechos en la jurisprudencia constitucional colombiana", en Rey, Fernando (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas-Editorial Complutense, 2011, pp. 137-150. (p. 137).

asimismo, fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho y estableciera pautas y procedimientos para materializarlo.⁶⁴⁵

Ahora bien, se podrían incluir otros derechos humanos en la colisión referida, esto es, el derecho a la libertad y a la intimidad personal de la demandante, reconocidos en los artículos 13 y 15 de la Constitución Política de Colombia, respectivamente, ello es así, porque como señalan algunos autores, desde la óptica de la ética normativa y de la deliberación moral, como práctica para superar conflictos y generar consensos, se debe asumir la libre aceptación de principios para sustentar actitudes, el principio que sirve como sustento para tal libre aceptación es la autonomía personal.⁶⁴⁶

Pues bien, como se puede observar, se trata de un asunto paradigmático, ya que incluye problemas serios dentro del contexto del derecho, moral, filosofía y psicología, por lo que la decisión que se llegue a tomar, debe estar precedida por un amplio esquema de justificación, ya que se trata de la vida de una persona, esto es, el bien más valioso que todos tenemos.

3.- Argumentación y sentencia

Una de las primeras acciones implementadas por la corte constitucional de Colombia fue solicitar algunas pruebas técnicas e informes del Ministro de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y el Presidente de la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, asimismo, se solicitaron informes académicos de la materia a las facultades de medicina de las universidades Nacional de Colombia, Rosario, Javeriana, de los Andes, de Antioquia y del Valle y al Presidente de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, todo ello, a fin de contar con mayores elementos probatorios para emitir la decisión.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁴⁶ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, pp. 1 y 2.

⁶⁴⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 9.

Ahora bien, para representar la argumentación desplegada por los juzgadores, se seguirá el modelo propuesto en la sentencia que se comenta, en la cual se establecieron los siguientes rubros de análisis:⁶⁴⁸

- Problema jurídico y temas jurídicos a tratar.
- Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia.
- Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente.
- Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia. Sentencia C-239/1997.
- Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial.
- Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente.
- Solución del caso concreto.

Problema jurídico y temas jurídicos a tratar:

Sobre este punto la Corte señaló que su tarea era determinar si Coomeva E.P.S desconoció los derechos a la vida digna, la muerte digna y la dignidad humana de la señora Julia, al no querer practicarle el procedimiento de eutanasia, derivado de que la peticionaria no se hallaba en condiciones de manifestar su consentimiento libre e informado y porque no existía una norma jurídica que permitiera efectuar el procedimiento.⁶⁴⁹

Por otra parte, en este parte del análisis, se determinó que la Corte presentaría el marco teórico sobre los procedimientos médicos para provocar la muerte asistida de un paciente, asimismo, se reiteraría la sentencia C-239/1997 sobre el derecho a morir dignamente, resaltado las reglas sobre el modo en que debe expresarse el consentimiento informado y la inexistencia de legislación para materializar el procedimiento de eutanasia.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 14, 15, 19, 23, 29 y 34.

⁶⁴⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 15.

Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia:

La Corte de Colombia se pronunció sobre la carencia actual de objeto por daño consumado, ya que en el trámite de amparo la reclamante falleció, derivado de lo cual efectuó algunas precisiones metodológicas a fin de proteger el ámbito objetivo del derecho.⁶⁵¹

Para comenzar, se señala que la Corte Constitucional estableció la teoría de la carencia actual de objeto como una alternativa para que los pronunciamientos de la misma no se tornen ineficaces, así aclaró que dicho fenómeno puede presentarse a partir de la materialización de un hecho superado o de un daño consumado. El hecho superado significa la observancia de las pretensiones del reclamante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor, por su parte, el daño consumado opera cuando la amenaza o afectación del derecho fundamental han generado el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela.⁶⁵²

En este sentido, la Corte reiteró que si la consumación del daño ocurre durante el trámite del juicio, resulta indispensable que los jueces constitucionales se pronuncien sobre la vulneración ocurrida y el alcance de los derechos fundamentales afectados. Ello, a fin de adoptar las medidas necesarias para evitar que situaciones semejantes se produzcan en el futuro y para hacer realidad la dimensión objetiva de los derechos que se vulneraron.⁶⁵³

En el caso concreto, para el tribunal constitucional colombiano se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, mismo que se originó por la violación del derecho de la reclamante a decidir cómo y cuándo morir y se concretó en su imposibilidad de terminar con el dolor que experimentaba por medio del procedimiento de eutanasia, lo que comportaría que la muerte de la actora, se causara en condiciones diferentes a las impuestas por su propia enfermedad, lo que no ocurrió.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ *Idem*.

⁶⁵² Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵³ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁶⁵⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

Bajo este sendero, para la Corte era necesario pronunciarse sobre la afectación de los derechos fundamentales involucrados en el caso en análisis, a fin de evitar que violaciones similares se produzcan en el futuro cercano.⁶⁵⁵

Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente:

En esta parte de la sentencia que se comenta, lo Corte Constitucional se dio a la tarea de presentar algunos conceptos en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual señaló que la procedencia etimológica del término eutanasia deriva de las palabras griegas “buena muerte”, asimismo, indicó que en dicho procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: a) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal, b) el sujeto activo, que debe ser un médico, el cual realiza la acción u omisión tendiente a terminar con los dolores del paciente, c) debe efectuarse por petición expresa, reiterada e informada del paciente. En este sentido, cuando se materializan en su totalidad dichos elementos, se está en presencia de la eutanasia, la cual además puede provocarse de diferentes maneras.⁶⁵⁶

La anterior idea sobre eutanasia es compatible con el concepto que se ha esbozado en México, en donde se ha entendido que la misma es el acto o método que aplica un médico para producir la muerte, sin que sufra el paciente, y a iniciativa de éste, a fin de terminar con su sufrimiento.⁶⁵⁷

Ahora bien, retomando al análisis de la sentencia de la Corte colombiana, se precisa que la misma identificó que existen diversos tipos de eutanasia (activa, pasiva, directa e indirecta), destacando que actualmente no existe consenso sobre cuál de ellas debe realizarse.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁵⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁶⁵⁷ Álvarez del Río, Asunción y Kraus, Arnoldo, “X. Eutanasia y suicidio asistido”, en Pérez Tamayo, Ruy (coord.), *et. al.*, *La construcción de la bioética. Textos de bioética*, segunda reimpresión, volumen. I, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 161- 183 (164).

⁶⁵⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

Por otro lado, se destacó la existencia de conceptos y procedimientos diferentes a la eutanasia, como la distanasia, la cual supone la prolongación de la vida por cualquier medio, aunque se causen efectos perversos en la salud, dignidad y la propia vida del paciente con una enfermedad terminal, así como el suicidio asistido, en el que el sujeto activo y pasivo se confunden pues la intervención del profesional médico no es directa, aquí el mismo enfermo es quien provoca su muerte. Finalmente, se hizo referencia a la ortotanasia o cuidados paliativos, los cuales son un tratamiento médico que dignifica la vida de quienes irremediablemente van a morir, pero que desean que llegue la muerte de forma natural. Este tratamiento es una alternativa intermedia a la eutanasia y distanasia.⁶⁵⁹

Con base en lo apuntado sobre las diferentes figuras para garantizar el derecho a morir dignamente, la Corte Constitucional concluyó que si bien existe una diversidad de conceptos y procedimientos en torno al derecho a morir dignamente, los cuales pueden generar confusiones en los jueces y la opinión pública, la realidad es que la diversidad de prácticas médicas permite que cada paciente tenga la posibilidad de elegir entre alguno de ellos.⁶⁶⁰

Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia.
Sentencia C-239/1997:

Para tomar una decisión en el caso que se analiza, la Corte Constitucional recurrió a criterios emitidos por la misma en otra época, así esbozó la sentencia C-239/1997, en la cual sostuvo que la eutanasia y otras prácticas médicas como las apuntadas con anterioridad, bajo determinados parámetros, no son delito, asimismo, reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental y fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho.⁶⁶¹

Cabe hacer notar, que en la citada sentencia C-239/1997 (que derivó de una demanda de inconstitucionalidad contra una norma jurídica que regulaba el

⁶⁵⁹ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁶⁶⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁶¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 23.

homicidio por piedad), la dignidad humana fue el fundamento para despenalizar el homicidio por piedad cuando se materialicen determinadas condiciones, pues para la Corte la vida no podía reducirse a la simple subsistencia, sino que implicaba el vivir en condiciones de dignidad.⁶⁶²

En este sentido, la Corte reiteró que para excluir el carácter delictivo de la conducta contenida en el homicidio por piedad, se deben presentar las siguientes circunstancias: a) debe existir el consentimiento libre e informado del sujeto pasivo, b) el sujeto activo debe ser un médico, ya que es único que puede brindarle la información exacta al paciente, y c) el paciente debe padecer una enfermedad terminal que le cause sufrimiento. Todavía más, en la sentencia C-239/1997, la Corte exhortó al Congreso de la República para que reglamentara el homicidio por piedad a partir de los criterios establecidos en dicha decisión.⁶⁶³

En resumen, la importancia de la sentencia C-239/1997, que retomó la Corte Constitucional en el asunto que se estudia, radica en que con la misma se despenalizó la eutanasia y se reconoció la existencia de un derecho fundamental a morir dignamente en Colombia.⁶⁶⁴

Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial:

Para determinar el alcance y contenido del derecho a morir dignamente, la Corte identificó que la dignidad humana es el patrón para asumir un derecho como fundamental, en el caso que nos ocupa, dicho órgano constitucional argumentó que no existe duda en considerar el derecho a morir dignamente como un derecho fundamental, ello, entre otras razones, porque un derecho fundamental busca garantizar la dignidad humana. Así, se observa una estrecha relación entre el derecho a la muerte digna con la dignidad humana, por lo que, en criterio de los jueces constitucionales, morir dignamente conlleva aspectos que garantizan que, después de un ejercicio consiente e informado de

⁶⁶² *Ibidem*, pp. 23, 26 y 27.

⁶⁶³ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 29

toma de decisiones, la persona puede elegir terminar con su vida llena de sufrimientos y dolores intensos que le provoca alguna enfermedad terminal.⁶⁶⁵

Más aún, para la Corte Constitucional cada persona sabe qué es lo mejor para él o ella y el Estado no debe asumir posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada quien percibe como indigno. De esta forma, el objetivo del derecho a morir dignamente es impedir que la persona viva una vida dolorosa, esto es, incompatible con su idea de dignidad humana.⁶⁶⁶

Por todo ello, se concluyó que el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo aunque relacionado con la vida, igualmente, no es dable considerar a la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, tampoco es posible asumirlo como parte del derecho a la vida, simplemente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que tiene las características de las demás garantías constitucionales. Es un derecho complejo porque depende de circunstancias muy especiales para constatarlo y autónomo ya que su afectación no es un parámetro de otros derechos.⁶⁶⁷

Por último, el tribunal constitucional colombiano estimó que la muerte digna se puede entender como un derecho subjetivo, ya que son identificables los sujetos activos, pasivos, así como los obligados y el contenido esencial de la obligación.⁶⁶⁸

Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente:

En el caso práctico que se comenta, se utilizó como criterio de razonabilidad de la decisión el mismo derecho comparado,⁶⁶⁹ lo cual se asume como adecuado, pues representa un criterio claro respecto a la corrección de las decisiones judiciales, como lo veremos en otro lugar de la investigación.

⁶⁶⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 30, 32 y 33.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁶⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶⁹ Así se señala expresamente en la sentencia, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 34.

En particular, los jueces constitucionales analizaron tres países: Holanda, Estados Unidos de América y Bélgica, lo cual obedeció a que dichos países son pioneros en la práctica del derecho a morir dignamente, además porque han producido un gran desarrollo normativo en la materia.⁶⁷⁰

No será nuestro objetivo describir todo el esquema legal y judicial de cada uno de dichos países (como sí se hace en la sentencia que se comenta), sino más bien destacaremos la situación general del derecho a morir dignamente establecida en cada orden jurídico nacional.

Empezaremos con Holanda, en donde desde 1973, por decisión judicial, se eximió de responsabilidad penal a los médicos que realizaran la eutanasia bajo ciertos parámetros. Posteriormente, en 1981, un tribunal amplió las posibilidades de eutanasia, decretando que el auxilio al suicidio tampoco sería castigado. En 1990, el Gobierno de Holanda conformó una comisión presidida por un integrante de la Corte Suprema Holandesa, a fin de regular legalmente la eutanasia, así en 1994 se expidió un decreto que reglamentó el procedimiento legal que debían seguir los médicos para inducir la muerte de una persona, sin que exista una enfermedad terminal.⁶⁷¹

Por otro lado, se identificó que en Holanda existe la Ley de la Terminación de la Vida o a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, la cual está vigente desde 2002, dicha ley buscó despenalizar legalmente la eutanasia bajo ciertos requisitos y regular el procedimiento para que la voluntad del paciente sea lo más libre e informada posible.⁶⁷²

Por lo que respecta a Estados Unidos de América, la Corte colombiana identificó que en dicho país pocos Estados han despenalizado la eutanasia y sólo algunos la han reglamentado. Por ejemplo, desde 1994 en el Estado de Oregón se cuenta con la Ley de la Muerte con Dignidad, la que permite que pacientes con una enfermedad terminal, puedan solicitar por escrito que se les suministre una medicina para terminar con su vida dignamente, asimismo, la

⁶⁷⁰ *Idem*.

⁶⁷¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 36.

ley autoriza que los médicos prescriban a sus pacientes desahuciados y de quienes se estima que vivan menos 6 meses, medicamentos para que puedan suicidarse.⁶⁷³

En sentido similar, se cuenta con una decisión judicial surgida en el Estado de Florida en el caso Terri Schiavo, en el cual los jueces permitieron en 2005 que la paciente fuera desconectada, la cual murió dos semanas después por desnutrición y deshidratación, dicho asunto posibilitó la eutanasia pasiva y fue un referente en los Estados Unidos de América.⁶⁷⁴

De igual manera, en el Estado de Texas existe el Código de Salud y Seguridad, que contiene desde 1999 la ley de cuidado fútil. Con dicha norma jurídica, se permite practicar la eutanasia pasiva, esto es, desconectar los equipos que mantienen artificialmente con vida a los pacientes.⁶⁷⁵

Por lo que hace a Bélgica, en la decisión que se analiza, se señaló que la eutanasia fue despenalizada en el año 2002, mediante la expedición de una ley en la cual se define a la eutanasia y se señalan las condiciones para que pueda practicarse como son que el paciente sea mayor de edad, que tenga la capacidad legal y de conciencia al momento de realizar su petición, así como que la petición sea voluntaria, meditada y reiterada.⁶⁷⁶

Por otro parte, la ley belga regula las directivas anticipadas, las cuales implican manifestaciones de la voluntad, que expresan que en caso de presentarse alguna causal para poder practicarse la eutanasia, se lleve a cabo la misma, así dicha manifestación conlleva una petición previa a que se presente la enfermedad.⁶⁷⁷

Pues bien, con base en el análisis del derecho comparado, la Corte Constitucional llegó a las siguientes conclusiones:

⁶⁷³ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁷⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁷⁶ *Idem*.

⁶⁷⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 40.

- El derecho comparado genera criterios de razonabilidad para regular el derecho a morir dignamente.⁶⁷⁸
- En la gran mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se presentó mediante decisiones judiciales.⁶⁷⁹
- Los jueces han aceptado que existe una relación muy estrecha entre el derecho a la vida, la dignidad humana y la autonomía personal, por lo que decidieron despenalizar la eutanasia como una forma de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, aunque, la despenalización no fue absoluta, pues se fijaron ciertas condiciones para que la provocación de la muerte no sea sancionada como un delito.⁶⁸⁰
- El proceso de judicialización de la eutanasia propició que en la mayoría de los países, se establecieran leyes sobre la materia, a fin de reglamentar el procedimiento de forma más clara y precisa, así se logró mayor tranquilidad en los médicos y los pacientes.⁶⁸¹
- La autonomía de los pacientes opera como el pilar fundamental de las leyes sobre eutanasia, las cuales reconocen la primacía de la autonomía de la voluntad, ello implica que la decisión del paciente prevalece sobre la voluntad de cualquier otro individuo, incluyendo su familia o los médicos tratantes.⁶⁸²
- Las leyes sobre el derecho a morir dignamente propician que los médicos identifiquen con exactitud cuándo están cometiendo un delito y cuándo concurriendo a la satisfacción de un derecho fundamental, asimismo, las normas jurídicas contribuyen a remover barreras para que los derechos de los pacientes se vean efectivamente materializados.⁶⁸³

⁶⁷⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁷⁹ *Idem.*

⁶⁸⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁸¹ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

⁶⁸² Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁸³ *Idem.*

Solución del caso concreto:

Sobre la determinación final del caso analizado, en primer lugar, el tribunal constitucional colombiano consideró la teoría de la carencia actual de objeto por daño consumado, la cual exige que el juez constitucional emita un pronunciamiento de fondo, ya que cuando se presenta el daño, la vulneración del derecho fundamental se ha causado, por lo que se deben adoptar medidas para resarcir el daño o dar instrucciones para que en el futuro no se presenten situaciones similares.⁶⁸⁴

En el caso que se analiza, la señora Julia falleció en el trámite de la acción de tutela, pero esa circunstancia no es suficiente para que la Corte Constitucional deje de pronunciarse sobre el fondo del asunto, particularmente porque deben establecerse reglas relativas al procedimiento de eutanasia y evitar que ante la ausencia de leyes en la materia, se desvanezcan las garantías fundamentales de los pacientes que deciden tomar la decisión de morir dignamente.⁶⁸⁵

Sobre el sentido de la decisión, la Corte consideró que sí existió una violación a los derechos de la reclamante por parte de Coomeva E.P.S y de los médicos tratantes. De conformidad con los hechos planteados, la accionante padecía una enfermedad terminal que le causaba intensos dolores, por lo que solicitó varias veces a su médico que le practicara la eutanasia, a fin de terminar con su sufrimiento. En tales circunstancias, el médico y Coomeva E.P.S se negaron a practicar la eutanasia, aludiendo que no existía una forma para verificar que la señora Julia sufría un dolor insoportable, así como que el legislador no había emitido una norma que definiera con claridad los procedimientos y criterios para realizar la eutanasia.⁶⁸⁶

Bajo este sendero, la Corte no encontró justificación constitucionalmente válida a la negativa de Coomeva E.P.S para aplicar la eutanasia a la reclamante. A su juicio, de los hechos del caso se infería que se cumplían con

⁶⁸⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

⁶⁸⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 43.

todos los criterios para terminar con la vida del paciente, sin que se materializara una responsabilidad penal. Más aún, la ausencia de legislación no constituía una razón suficiente para negarse a garantizar el derecho a morir dignamente de la peticionaria, pues el precedente constitucional C-239 de 1997 fijó claramente los criterios para poder hacer efectivo dicho derecho.⁶⁸⁷

Así, advirtió la Corte que en casos como el que se resuelve, la inexistencia de una ley sobre el derecho a morir dignamente se convierte en un obstáculo para su realización. Por lo que estimó necesario presentar algunas pautas normativas para facilitar su ejercicio, con el objeto de garantizar el goce efectivo del derecho a morir dignamente, ello sin perjuicio de que el Congreso de la República proceda a su regulación, tomando en cuenta las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la decisión que se estudia.⁶⁸⁸

A todo esto, para los jueces constitucionales, si bien existían ciertos vacíos normativos sobre la eutanasia, fue evidente que se desconoció por parte de los médicos tratantes, la decisión tomada por la paciente de poner fin a su vida, lo que representó el imponerle la obligación de vivir en condiciones que la enferma terminal consideró indignas, por lo que se materializó la violación de su derecho a morir dignamente.⁶⁸⁹

En otro orden de ideas, una de los puntos más sobresalientes de la decisión que se estudia, fue el fijar los criterios o presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, mientras el poder legislativo emite la ley respectiva. Los cuales se identifican en los siguientes incisos: a) el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, b) el consentimiento libre, informado e inequívoco y c) criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ *Idem*.

⁶⁸⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 44, 45 y 47.

Sobre el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, se señaló que este requisito debe verse desde la vertiente objetiva y la subjetiva. La primera implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista como terminal, la vertiente subjetiva se representa en el dolor que causa sufrimiento intenso al paciente, por lo que será la voluntad del enfermo la que establezca qué tan indigno es el sufrimiento causado, así se cuenta con una prevalencia de la autonomía del paciente.⁶⁹¹

Respecto al consentimiento libre, informado e inequívoco, se determinó que el consentimiento es libre cuando no existen presiones de terceros sobre su decisión, es informado cuando los especialistas médicos brindan al paciente y a su familia toda la información objetiva y necesaria, a fin de que no se tomen decisiones de forma apresurada, por otro lado, el consentimiento es inequívoco cuando la decisión del paciente de morir es consistente y sostenida, esto es, que no se trate de episodios anímicos.⁶⁹²

Con el fin de garantizar que el consentimiento del enfermo esté revestido de dichos caracteres, se estableció la creación de un comité científico interdisciplinario de acompañamiento al paciente y su familia, para lo cual se ordenó al Ministerio de Salud que establezca una directriz a todos los prestadores del servicio de salud para que conformen un grupo de expertos interdisciplinarios. Entre las funciones del citado comité se tiene el apoyo psicológico, médico y social al paciente y a su familia, asimismo, el comité debe vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los criterios de la sentencia que se analiza y la imparcialidad de los que intervienen en el proceso de eutanasia.⁶⁹³

En el mismo sentido, para garantizar que el consentimiento del enfermo sea libre, informado e inequívoco, la Corte precisó la necesidad de establecer un procedimiento en el que se blinde la decisión del paciente, en particular, cuando se verifique que una persona padece una enfermedad terminal que le

⁶⁹¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 45.

⁶⁹³ *Idem*.

genera dolores intensos, la misma tendrá el derecho de expresar su deseo de morir. Ahora bien, esa voluntad será atendida por el médico, el cual convocará al comité interdisciplinario para que comience su tarea de apoyo. De esta manera, una vez expresada la intención de morir del paciente, el profesional médico o el comité deberá en un plazo que no podrá ser superior a 10 días, cuestionar al paciente si su deseo de morir sigue vigente. En caso de que así sea, la eutanasia será programada en el menor tiempo posible, que no podrá ser superior a 15 días después de confirmada la decisión del enfermo de morir dignamente.⁶⁹⁴

Adicionalmente, como dato a resaltar, la Corte determinó que la voluntad de morir del paciente podrá ser expresada por escrito o de manera verbal, asimismo, el consentimiento también puede ser sustituto, en el caso de que la persona que sufre la enfermedad terminal, se encuentre imposibilitada para manifestar su deseo de morir, a fin de no prolongar su sufrimiento, será la familia la cual en sustitución del enfermo podrá dar su consentimiento para practicar la eutanasia.⁶⁹⁵

Sobre los criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho a la muerte digna, el tribunal constitucional colombiano identificó los siguientes: a) prevalencia de la autonomía del paciente, lo que comporta que los profesionales médicos deben analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del enfermo, b) celeridad: el derecho a morir dignamente no puede prolongarse en el tiempo, el mismo debe ser ágil, rápido y sin formalidades excesivas, c) oportunidad: implica que la voluntad del paciente sea cumplida a tiempo, sin que se mantenga excesivamente su sufrimiento al punto de llegar a su muerte natural en condiciones indignas y d) imparcialidad: los médicos tienen que ser objetivos en la aplicación de los procedimientos de eutanasia, así no deben exponer sus posiciones personales morales que nieguen el derecho a morir dignamente, con todo, si el médico alude dichas convicciones,

⁶⁹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 47.

no se le puede obligar a realizar el procedimiento de eutanasia, pero el prestador de servicios médicos debe asignar a otro profesional que sí pueda materializar la eutanasia.⁶⁹⁶

Con base en todos los hechos, argumentos y criterios señalados, la sentencia de la Corte Constitucional resolvió: a) declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por Julia en contra de Coomeva E.P.S, b) revocar la sentencia del Juzgado Décimo Civil Municipal de la Ciudad de Medellín, que resolvió no tutelar los derechos fundamentales hechos valer por Julia y en su lugar conceder la acción de tutela promovida por la señora Julia en contra de Coomeva E.P.S, c) ordenar al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la notificación de la sentencia, emita una directriz y realice todo lo necesario para que todos los prestadores del servicio de salud, integren el comité interdisciplinario del que habla esta decisión y d) exhortar al poder legislativo para que regule el derecho a morir dignamente, con base en los parámetros y criterios establecidos en la sentencia.⁶⁹⁷

Como se puede observar, la sentencia en análisis esboza una idea relevante para la tutela efectiva del derecho a morir dignamente, esto es, que a pesar de que se actualice la carencia de objeto por daño consumado en las acciones de tutela, los jueces constitucionales deben entrar al estudio de fondo de la problemática, con la finalidad de evitar que en casos futuros se vulneren nuevamente los derechos humanos, como es el derecho a morir dignamente.

Por otro lado, cabe hacer notar que con la decisión judicial emitida, la Corte colombiana buscó perfeccionar y desarrollar los criterios y requisitos aplicables a la práctica de la eutanasia para casos futuros, lo cual se aprecia adecuado, pues representa un compromiso real en torno a la vigencia de todos los derechos humanos. Más aún, la Corte no se contentó con rediseñar el esquema para la materialización de la eutanasia, sino que además, ordenó y exhortó a los demás poderes públicos (ejecutivo y legislativo) a que contribuyan

⁶⁹⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

con la garantía del derecho a morir dignamente en Colombia. En el apartado siguiente, se identificarán los criterios de calificación utilizados por la Corte Constitucional colombiana, lo cual nos ayudará a tomar una postura propia sobre la corrección o no de la decisión tomada por dicho órgano constitucional.

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Del análisis de la sentencia T-970/14, se pueden desprender diversos criterios de corrección de la decisión tomada por la Corte Constitucional de Colombia, los cuales si bien no se señalan expresamente en la misma, sí pueden inferirse de la argumentación expuesta por los jueces constitucionales, la cual como se ha podido apreciar no se identifica con ninguno de los criterios de calificación de la decisión defendidos por los diversos autores expuestos en la presente investigación.

Veamos pues los parámetros de calificación identificados en la decisión que se comenta, los cuales analizados en su conjunto operan como un mecanismo de corrección del sentido de la sentencia, en concreto, se ubicaron los siguientes:

- Criterio terminológico.
- Criterio jurisprudencial.
- Criterio de la dignidad humana.
- Criterio del derecho comparado.

Respecto al criterio terminológico, se precisa que la Corte lo utilizó para aclarar todos los conceptos que se relacionan con el derecho a morir dignamente como son la eutanasia, distanasia, suicidio asistido y la ortotanasia o cuidados paliativos, a fin de tener una idea concreta del alcance del problema a resolver, esto es, la práctica de la eutanasia. Dicho criterio permitió brindar certeza a las partes involucradas y a la misma sociedad sobre el lugar y alcance de la eutanasia en el contexto del derecho a morir dignamente, además, de poner de relieve la necesidad de que existan diversas formas de materializar dicho derecho, lo que se traduce en un mayor campo de elección del paciente que padece alguna enfermedad terminal.

Un criterio como el señalado, no ha sido esbozado en las teorías de la argumentación jurídica, sin embargo, se estima que el mismo es relevante para fiscalizar la sentencia, ya que contribuye a propiciar un entendimiento sobre el problema que se abordará en la decisión desde una óptica objetiva, pues para presentar un término concreto (por ejemplo, de eutanasia), se recurre a varias áreas científicas que han abordado el tema. Bajo estas líneas, si bien nos encontramos frente a un criterio simple (terminológico), ello no conlleva su expulsión como parámetro de evaluación de la argumentación jurídica.

El criterio jurisprudencial implica la necesidad de recurrir a precedentes judiciales para tomar una decisión, lo anterior, siempre y cuando no existan razones para apartarse de los mismos. En el caso concreto, la Corte retomó su sentencia 239/1997, en la cual despenalizó la eutanasia, reconoció el derecho a morir dignamente y fijó diversos criterios para que el legislador regulara la materia.

Bajo este sendero, dicha determinación judicial operó como un parámetro de calificación de la argumentación desplegada en su diversa sentencia, ya que no se encontraron razones para abandonar la jurisprudencia previamente fijada, la cual, de hecho, fue mejorada y actualizada. Así, es entendible que la propia jurisprudencia fungió como un criterio útil para calificar y evaluar la nueva decisión judicial, circunstancia que debe ser considerada para materializar una red de decisiones congruentes en el complejo fenómeno jurídico, el cual como señala Ost, se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y propenso al cambio.⁶⁹⁸

Sobre el criterio de la dignidad humana, recordemos que la Corte asumió que la misma es el patrón para calificar a un derecho como fundamental, ya que dicho derecho busca materializarla, de esta forma, es dable que la misma opere como un parámetro de corrección, así, se puede afirmar que una decisión será adecuada, cuando la misma busque garantizar la dignidad en

⁶⁹⁸ Ost, François, "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", trad. de Isabel Lifante Vidal, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169-194. (p. 183), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>, página consultada el 12 de octubre de 2017.

todo momento y bajo cualquier circunstancia, como se hizo en el caso que se comenta.

Este criterio tiene a simple vista un gran problema de eficacia, esto es, la naturaleza polisémica del concepto de dignidad humana, sin embargo, cabría recurrir al enfoque pluridimensional de la misma, defendido en esta investigación, a fin de perfeccionar la utilización del presente criterio y mejorar su aplicación práctica.

Por lo que toca al criterio del derecho comparado, se precisa que el mismo fue ampliamente detallado por la Corte Constitucional colombiana, en particular, la misma lo asumió como un criterio de razonabilidad de la toma de decisiones. Con base en dicho parámetro, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de investigar y analizar las distintas prácticas legales y jurisprudenciales de algunos países en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual, recurrieron a tres países: Holanda, Estados Unidos de América y Bélgica, mismos que no fueron escogidos de forma arbitraria, sino por el contrario, se presentaron las razones para su elección.

En particular, este parámetro de fiscalización de la argumentación indica que un esquema justificatorio será más correcto, si el mismo considera la forma en que otros países han abordado la problemática que se intenta resolver, ya que se logra identificar soluciones comprobadas en otros órdenes jurídicos similares al que se intenta aplicar.

Ahora bien, este criterio de corrección es muy utilizado por los tribunales constitucionales de diversos países, en México, por ejemplo, algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contienen referencias al derecho comparado (como lo observamos al estudiar el amparo en revisión 237/2014 referente al uso recreativo de la marihuana), ahora bien, cabe hacer notar que a pesar de ser un parámetro útil para calificar la argumentación, se debe siempre justificar el por qué de la elección de los países a analizar, como se hizo en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que se comenta, ello para darle objetividad y un mejor respaldo al criterio del derecho comparado.

Pues bien, tomando como referencia los cuatro criterios utilizados por la Corte constitucional en el caso estudiado, se puede afirmar que la decisión emitida es adecuada, ya que logró establecer elementos objetivos para la práctica del derecho a morir dignamente para casos futuros, además de fijar obligaciones específicas para los poderes ejecutivo y legislativo, a fin de que contribuyan a hacer realidad la garantía de dicho derecho, todo ello, sustentado con la acreditación de los parámetros terminológicos, jurisprudenciales, de dignidad humana y de derecho comparado descritos en este apartado de la investigación.

De esta forma, se afirma que la decisión es correcta al menos bajo los anteriores parámetros de fiscalización, lo cual representa un pequeño avance para el desarrollo de la toma de decisiones judiciales en el ámbito americano.

V.- Análisis del caso “objeción de conciencia” ante el Tribunal Constitucional de España (Sentencia 145/2015)

1.- Descripción del caso

Con el objetivo de facilitar la comprensión del caso “objeción de conciencia”, se precisa que los antecedentes del mismo, se van a presentar en dos partes, por un lado, se identificaran los hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso, por el otro, las alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo. Analicemos pues los orígenes del caso en comento.

Hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso:

- El señor Joaquín Herrera Dávila es cotitular de una farmacia en la ciudad de Sevilla y fue multado por 3.300 euros, mediante resolución de 15 de octubre de 2008 del delegado provincial de salud en Sevilla de la Junta de Andalucía, en virtud de que la farmacia carecía de la existencia de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel (conocido como píldora del día después). Se resalta que en la inspección del 4 de febrero de 2008, efectuada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía, el señor Joaquín Herrera Dávila manifestó que no disponía de la existencia de tales productos y medicamentos por razones de objeción de

conciencia, señalando que se encontraba inscrito como objetor de conciencia en el registro de farmacéuticos objetores ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Con todo, los hechos fueron calificados por la autoridad inspectora como infracción grave a las leyes y decretos que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las farmacias.⁶⁹⁹

- Contra la citada determinación, el señor Joaquín Herrera Dávila interpuso recurso ante la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en el que invocó su derecho a la objeción de conciencia como justificación para no contar con los preservativos ni medicamentos con el principio activo levonorgestrel.⁷⁰⁰
- El recurso fue desestimado por resolución de 16 de julio de 2010, en la misma se considera que el farmacéutico no puede incumplir su obligación de contar en su farmacia con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. Una de las razones para sustentar la decisión fue la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la que a su vez cita la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001 (caso *Pichon y Sajous vs Francia*), en la cual se rechazó una demanda formulada por farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos, argumentó en ese asunto el Tribunal Europeo, que la objeción de conciencia no tiene cabida en la libertad religiosa.⁷⁰¹
- En contra de la citada resolución, el señor Joaquín Herrera Dávila presentó recurso contencioso administrativo, en el que señaló que su actuación se encontraba protegida por la objeción de conciencia, que forma parte del

⁶⁹⁹ Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo 412 2012. Promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 de 25 de junio de 2015, Boletín Oficial del Estado, núm. 182, viernes 31 de julio de 2015, sec. TC, pp. 66654- 66655, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/31/pdfs/BOE-A-2015-8639.pdf>, página consulta el 17 de octubre de 2017.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 66655.

⁷⁰¹ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66655.

contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica, ya que los medicamentos con el principio activo levonorgestrel tienen efectos abortivos, respecto a los preservativos argumentó que su decisión de no tenerlos no causó perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de los mismos por otras farmacias, por lo que solicitaba que se anulara la sanción impuesta o, en su caso, que los hechos se calificaran como una infracción no grave.⁷⁰²

- El recurso administrativo del demandante fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso administrativo de Sevilla, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2011, al estimar que la resolución atacada era conforme a derecho. En concreto, el juzgador consideró que el problema fue resuelto por la sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (la cual refiere la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous vs Francia*), de la que deriva la obligación de los farmacéuticos de distribuir los medicamentos, circunstancia que no se contrapone con el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento, religión o convicción.⁷⁰³
- El señor Joaquín Herrera Dávila promovió incidente de nulidad contra la citada sentencia, en el mismo argumentó la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite el 22 de diciembre de 2011 por entender el juzgador que la sentencia atacada era congruente y adecuada.⁷⁰⁴
- Mediante escrito registrado el 25 de enero de 2012 en el Tribunal Constitucional de España, el señor Joaquín Herrera Dávila interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas anteriormente. En el mismo señala que las resoluciones impugnadas han violado su derecho a la objeción de conciencia, el cual forma parte de la

⁷⁰² *Idem*.

⁷⁰³ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66655 y 66656.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 66656.

libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución española, pues fue sancionado por actuar en la prestación de servicios farmacéuticos siguiendo sus convicciones éticas. Todavía más, refiere que profesa un gran respeto a la vida, por lo que ante la obligación de distribución de los productos objeto de la controversia, se ubica en un dilema: actuar fuera de la legalidad al ejercer su derecho a la objeción de conciencia, o bien actuar en contra de su conciencia, violando sus creencias, al distribuir en razón de su oficio tales productos que considera inmorales. Por otro lado, alude que la sentencia impugnada ha afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, por ser arbitraria e irrazonable, pues la remisión que hace a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous vs Francia*, implica no dar respuesta a la cuestión, ya que aquella resolución se

refiere a productos anticonceptivos, mientras que en el caso en análisis se trata de medicamentos con efectos abortivos.⁷⁰⁵

- Finalmente, a través de la providencia del 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y requerir al Juzgado de lo Contencioso Administrativo demandado, a fin de que emplaze a todos los que hubieren sido parte en el juicio para que comparezca al recurso de amparo.⁷⁰⁶

Alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo:

- El abogado de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 2013, solicitando la inadmisión del amparo y su desestimación. Lo anterior, por no justificar la

⁷⁰⁵ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66654 y 66656. Resulta interesante la posición de dilema que asume el quejoso en su demanda, respeto a actuar fuera de la ley en el ejercicio de la objeción de conciencia o actuar en contra de sus creencias y valores al distribuir los productos que considera inmorales, nosotros diríamos que se trata de un verdadero dilema constitucional, ya que como lo asume Zucca, sea cual fuera el modo en que se observe el dilema, necesariamente se va a perder algo valioso, para dicho autor, un dilema constitucional involucra dos elementos, por un lado, una elección entre dos bienes diferentes protegidos por los derechos fundamentales (por ejemplo derecho de libertad ideológica vs principio de legalidad), por el otro, una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental, sin que sea relevante lo que implique tal decisión. Por ello, se asume como tesis básica que los conflictos de derechos fundamentales pueden implicar dilemas constitucionales, el problema es que en estos casos no se cuenta con parámetros para la argumentación, esto es, no se tiene una guía sobre qué se debe hacer, por lo que se ha asumido que estos casos no pueden ser resueltos de forma racional. *Cfr.* Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, trad. de David Martínez Zorrilla, en Zucca, Lorenzo, *et. al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 9-36 (p. 11). Ahora bien, para tener una radiografía más completa del tema de los dilemas constitucionales, debemos asumir la existencia previa de los dilemas (morales), los cuales se conectan, irremediabilmente, con la idea de la tragedia de valores, el caso más representativo se tuvo con la famosa tragedia de Antígona ideada por el poeta griego Sófocles hace muchos siglos. Una representación actual de la Antígona de nuestro tiempo se tiene en Aicha, un personaje creado por Ost, para el cual aquí como en Atenas hace 25 siglos, la causa de Antígona termina por ganar (con el precio de su vida), aunque falta mucho para que ese desenlace trágico termine la discusión, así, debemos comprender que la libertad, igualdad y dignidad no son definitivas, se deben reinventar en cada momento, pues lo más arcaico alcanza a lo más moderno y lo más diferente es también una posibilidad de lo mismo, entonces hoy Antígona se llama Aicha. *Cfr.* Ost, François, *El velo de Antígona*, trad. de Pauline Capdevielle y Eva Marina Valencia Leñero, México, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XV.

⁷⁰⁶ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66657.

especial trascendencia constitucional del caso, pues al decir del abogado, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada por el quejoso. Por otro lado, refiere que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer, determina su derecho a las prestaciones farmacéuticas establecidas por el orden jurídico. Dicho derecho, conlleva el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anticonceptivos aprobados en España. Por lo cual, si una mujer necesita el medicamento con el principio activo levonorgestrel, prevalece su derecho a acceder al mismo sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a distribuirlo.⁷⁰⁷

- El ministerio fiscal presentó ante el Tribunal Constitucional su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2013, solicitando la inadmisión del amparo por extemporáneo y su desestimación. A juicio del ministerio fiscal, el reclamante prolongó innecesariamente el plazo de caducidad del recurso de amparo, mediante la presentación del incidente de nulidad de actuaciones notoriamente improcedente, situación que determina lo extemporáneo del recurso del amparo, asimismo, indicó la fiscalía que la Constitución española sólo contempla el derecho de objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar. Todavía más, a juicio de la fiscalía, la afectación del derecho de libertad ideológica del quejoso, que conlleva la normativa aplicable a las farmacias, debe ser estimada como legítima, pues busca proteger el derecho a la salud de las personas (que forma parte del derecho a la propia integridad física), el cual prevalece sobre el derecho del reclamante. En concreto, la protección de la salud y la libre autodeterminación de las personas, que busca proteger la obligación de tener en las farmacias el medicamento objeto de conflicto, es proporcional con el derecho del quejoso a conducirse de acuerdo con sus convicciones y creencias particulares. Así, la sanción decretada al demandante no ha supuesto una afectación de su derecho de libertad ideológica.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pp. 66657 y 66658.

⁷⁰⁸ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66658, 66659 y 66660.

2.- Derechos humanos en colisión

El caso “objeción de conciencia” que se analiza involucra una tensión de derechos humanos que podemos considerar como inusual, así como de relevancia académica, que debe ser asumida como de posible realización en países como México. Es de relevancia académica principalmente por tres razones, en primer lugar, ya que materializa la garantía de una dimensión novedosa del derecho humano a la protección de la salud, a saber, el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer, en segundo lugar, porque pone de relieve la conexión que puede existir entre el derecho de objeción de conciencia y el derecho de libertad ideológica, en tercer lugar, porque expone los diversos escenarios en los cuales se puede ejercer el derecho de objeción de conciencia, esto es, desde el ámbito de la práctica del aborto, hasta el contexto de la distribución farmacéutica de medicamentos sobre salud reproductiva.⁷⁰⁹

Ahora bien, con base en lo señalado, se comprende que los derechos humanos en colisión en el presente asunto son básicamente los siguientes:

- El derecho de objeción de conciencia que forma parte del derecho de libertad ideológica del señor Joaquín Herrera Dávila y de todas las personas (por interpretación del Tribunal Constitucional de España establecida en la sentencia que se comenta), el cual se encuentra reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución de española.
- Por otro lado, se tiene, aunque no se mencione expresamente por el Tribunal Constitucional español en la sentencia, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que es una dimensión del derecho a la

⁷⁰⁹ Cabe indicar que en nuestro país los derechos reproductivos están reconocidos en el artículo 4 de la Constitución de la República, por su parte, los derechos sexuales no están contemplados como tales en dicha norma fundamental pero sí en los instrumentos internacionales adoptados por México, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, de la cual México es parte desde 1981. *Cfr.* Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *et. al.* (coord), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, II*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Konrad Adenauer Stiftung, 2013. pp. 2267-2289. (pp. 2268-2271).

protección de la salud y del derecho a la integridad física garantizados, respectivamente, en los artículos 43.1 y 15 de la Constitución española. Para mayor claridad, se precisa que los derechos sexuales de las mujeres, en el ámbito internacional, han sido asumidos en términos negativos, esto, es como el derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia. Por otro lado, los derechos reproductivos incluyen el derecho de toda persona a determinar libremente el número y esparcimiento de los hijos, así como el derecho de disponer de servicios de planificación familiar.⁷¹⁰

En efecto, en el asunto en estudio, el derecho de objeción de conciencia del quejoso, se encuentra en tensión con el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, derechos que son asumidos como dimensiones del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la protección de la salud, respectivamente, por lo cual, se observa que se trata de un asunto de gran calado, ya que debe decidirse, por la vía constitucional, cuál de tales derechos, debe ceder frente al otro derecho, aunque sea de forma temporal y concreta.

Así, se observa que nos encontramos frente a un caso paradigmático, pues cualquier afectación a uno de los derechos comportará un escenario complejo para la parte afectada, por ejemplo, para las concepciones ideológicas arraigadas del farmacéutico, o para los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, las cuales, por cierto, han luchado constantemente por sus derechos y por erradicar la violencia que aún viven en las actuales sociedades, por ello, si bien, los derechos no caen del cielo, debemos reconocer que los de las mujeres han sido un producto de largas luchas históricas de las féminas de ayer, por lo cual, es necesario mantener el discurso y la firmeza en dicha batalla, a fin de lograr la consolidación de los derechos femeninos,⁷¹¹ entre los

⁷¹⁰ Ávalos Capín, Jimena, *op. cit.*, p. 2268.

⁷¹¹ Nieto Castillo, Santiago, *Los derechos en los tiempos del género (de mujeres, feminismo y derecho)*, primera reimpression, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017, p. 233. Sobre esto, se debe considerar que la igualdad efectiva de las mujeres exige superar las barreras que tienen para el libre ejercicio de su autonomía tanto en el ámbito privado como en el público. *Cfr.* Cuenca Gómez, Patricia, "Los derechos humanos: la utopía de los excluidos", en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 9-37 (p. 32).

que se encuentran, los sexuales y reproductivos, que serán objeto de la argumentación en la sentencia que se comenta. Veamos pues la estructura argumentativa esbozada por el Tribunal Constitucional español.

3.- Argumentación y sentencia

Para comenzar, se señala que los jueces constitucionales españoles dividieron en dos partes la presentación de su esquema argumentativo, por un lado, esbozaron respuestas a las objeciones formuladas por el abogado de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal respecto de la inadmisión y desestimación del recurso de amparo, por el otro, examinaron las vulneraciones expuestas por el reclamante.⁷¹²

Bajo este sendero, precisó el Tribunal Constitucional que el recurso, tal como lo indicó el fiscal es un recurso de amparo mixto, así, junto al reclamo principal (vulneración del derecho a la objeción de conciencia vinculado a la libertad ideológica) vertido contra la resolución administrativa sancionadora, el quejoso presentó un reclamo específico contra la sentencia que confirma tal resolución, por afectación de su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española. Por ello, no puede asumirse que el incidente de nulidad de actuaciones sea manifiestamente improcedente, toda vez que el quejoso no se limitó a reiterar en el incidente la afectación de su derecho de libertad ideológica, sino que presentó una nueva queja contra la sentencia por vulneración de su derecho a la tutela efectiva, por lo que estaba obligado a promover el incidente de nulidad, a fin de cumplir con el requisito de agotamiento de los recursos judiciales previos.⁷¹³

En este sentido, para los jueces constitucionales no existieron razones para considerar el incidente de nulidad como improcedente, con la consecuencia de asumir la extemporaneidad del propio recurso de amparo del quejoso. Ello, sólo ocurriría si el Tribunal Constitucional hubiera identificado que el recurrente ha actuado con el deseo de prolongar inadecuadamente la vía judicial previa, o cuando la improcedencia del incidente de nulidad sea clara e inequívoca,

⁷¹² Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66661.

⁷¹³ *Ibidem*, pp. 66661 y 66662.

circunstancias que no advirtieron los jueces constitucionales, por lo que rechazaron el argumento de inadmisión del fiscal.⁷¹⁴

Por otro lado, sobre los motivos de inadmisión del amparo expuestos por el abogado de la Junta de Andalucía, referentes a que el demandante no justificó la especial trascendencia constitucional del caso en cuestión, en opinión de los jueces constitucionales tal argumento debe ser desechado, ya que en la demanda de amparo, se incluyó un apartado sobre la relevancia constitucional del caso, en el cual, el demandante señaló que se trata de una cuestión novedosa, pues no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si en el ejercicio de su profesión, los farmacéuticos pueden invocar el derecho de objeción de conciencia, a fin de negarse a distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.⁷¹⁵

Ciertamente, el demandante de amparo cumplió la carga de justificar la especial trascendencia constitucional de su reclamación, todavía más, para los jueces constitucionales sí se materializó el requisito de la especial trascendencia constitucional, pues la cuestión a resolver en el recurso de amparo implica tomar una postura sobre la admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos respecto de la tenencia y distribución de medicamentos con posibles efectos abortivos, lo cual contribuye a aclarar diversas cuestiones en torno a la doctrina constitucional sobre la naturaleza del derecho de objeción de conciencia.⁷¹⁶

Una vez presentadas las respuestas del Tribunal Constitucional a los argumentos hechos valer por la Junta de Andalucía y la fiscalía sobre la improcedencia del amparo, corresponde esbozar el esquema argumentativo respecto a las vulneraciones señaladas por el reclamante, esto es, sintetizar el estudio constitucional que los jueces realizaron sobre el fondo del asunto.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66662.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 66662.

⁷¹⁶ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66662 y 66663.

⁷¹⁷ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por los jueces constitucionales españoles, véase Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66663.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional recuerda que el quejoso a invocando en apoyo de su amparo, la doctrina establecida en su sentencia 53/1985, la cual le permitió al reclamante asumir que las resoluciones impugnadas han afectado su derecho a la objeción de conciencia, todo vez que fue sancionado siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida, las que se oponen a la distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel derivado de sus posibles efectos abortivos.⁷¹⁸

Pues bien, para los jueces constitucionales lo que se deber ponderar en el caso en análisis es el derecho de objeción de conciencia (como manifestación del derecho a la libertad ideológica), con la obligación legal de tener un mínimo de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, a fin de que pueda ser distribuido a quienes lo soliciten.⁷¹⁹ Nosotros diríamos que del deber legal de tener el citado medicamento para su posterior distribución, se desprendería que el otro derecho en tensión es el de salud sexual y reproductiva de las mujeres, aunque no se haya señalado expresamente por los jueces constitucionales en la sentencia en estudio.

A todo esto, indicaron los jueces constitucionales que en su diversa sentencia 53/1985 no calificaron como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto porque no incluía el derecho de objeción de conciencia, ya que tal derecho existe y es oponible con independencia de que lo regule una ley en concreto, asimismo, señalaron en dicha determinación que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica y religiosa, además de que la Constitución es directamente aplicable, más aún si se trata de derechos fundamentales.⁷²⁰

En este orden de ideas, para el Tribunal Constitucional era indispensable establecer si la doctrina defendida en su sentencia 53/1985 era aplicable al caso que se analiza. Para resolver dicha cuestión, debían estudiar si los motivos invocados para no distribuir la medicina con el principio activo

⁷¹⁸ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66663.

⁷¹⁹ *Idem.*

⁷²⁰ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66663.

levonorgestrel comporta suficiente semejanza con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto, todo ello, a fin de asumir si la aceptación de dicha objeción, resulta extensible a la oposición del farmacéutico de tener y distribuir el citado medicamento por sus convicciones sobre el derecho a la vida.⁷²¹

Sobre esto, los jueces señalaron que no desconocían la falta de unanimidad científica en torno a los posibles efectos abortivos del medicamento en cuestión, sin embargo, la existencia en el debate de posiciones que asumen tal circunstancia, los llevó a identificar la presencia de una duda razonable sobre la producción de tales efectos, por lo que sin desconocer las divergencias entre la participación de los médicos en el aborto y la distribución farmacéutica del medicamento citado, los jueces reconocieron que la base del conflicto en ambos supuestos cubre una misma finalidad, esto es, defender una concepción sobre el derecho a la vida. Por esta razón, el Tribunal Constitucional español determinó que los criterios definitorios de la objeción de conciencia analizada en la sentencia 53/1985, también se presentan en la objeción de conciencia de los farmacéuticos para no distribuir un medicamento con posibles efectos abortivos.⁷²²

Un vez identificadas las semejanzas entre los supuestos abordados en la sentencia que se comenta y la diversa 53/1985, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de atender las tensiones que se presentaban entre los diversos bienes jurídicos tutelados, para lo cual identificaron la obligación a cargo de los farmacéuticos de contar con las medicinas que el sistema público sanitario les exige para su distribución a los consumidores, lo que garantiza, en el caso concreto, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que conlleva, a su vez, el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.⁷²³

⁷²¹ *Idem*.

⁷²² Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66663 y 66664.

⁷²³ *Ibidem*, p. 66664.

Por otra parte, destaca el Tribunal Constitucional que la imposición de la sanción al quejoso no se generó de su negativa de vender el medicamento a alguien que lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento de su obligación de contar con el mínimo de existencias prescrito en las normas jurídicas. Aún más, para los jueces de las actuaciones no se acreditó algún riesgo de que la distribución del medicamento se viera afectada, pues la farmacia del demandante se ubicaba en el centro de la ciudad de Sevilla, derivado de lo cual, se induce la disponibilidad de otras farmacias cercanas, así, en opinión del Tribunal Constitucional, el derecho de las mujeres a acceder a los medicamentos anticonceptivos no fue comprometido por la actuación del quejoso.⁷²⁴

Asimismo, cabe indicar que los jueces constitucionales esbozaron en su argumentación que el quejoso estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla (al cual pertenecía), mismo que en sus estatutos reconoció el derecho de los farmacéuticos colegiados a la objeción de conciencia, estatutos que fueron aprobados el 30 de diciembre de 2005 por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Bajo este escenario, afirmaron los jueces que el reclamante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar su derecho de objeción de conciencia, el que fue reconocido y no objetado estatutariamente por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.⁷²⁵

Por todo ello, el Tribunal Constitucional identificó que la sanción impuesta al quejoso (por no tener en existencia la medicina con posibles efectos abortivos), violó el derecho a la libertad ideológica del quejoso, reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución española.⁷²⁶

En otro sentido, sobre la sanción impuesta al quejoso por no disponer de preservativos en su farmacia, para los jueces constitucionales tal renuencia a disponer de los preservativos no queda amparada por la dimensión

⁷²⁴ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66664.

⁷²⁵ *Ibidem*, pp. 66664 y 66665.

⁷²⁶ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66665.

constitucional de la objeción de conciencia que deriva de la libertad ideológica reconocida en la Constitución española. Así, el otorgamiento de amparo al demandante, por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, cubre exclusivamente la negación de disponer del medicamento con posibles efectos abortivos, por lo que la declaración de la nulidad de las resoluciones atacadas por el quejoso, tiene como efecto que la Junta de Andalucía establezca la sanción que corresponda al demandante por negarse a disponer y distribuir preservativos en su farmacia.⁷²⁷

Con base en toda la argumentación descrita, el Tribunal Constitucional español resolvió lo siguiente:

a) declarar que ha sido violado el derecho de objeción de conciencia, relacionado con el derecho a la libertad ideológica del quejoso, b) restablecerle en su derecho al quejoso y, por lo tanto, anular las resoluciones de la Junta de Andalucía, así como la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo de Sevilla y la providencia del mismo juzgado que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la misma sentencia, y c) retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la resolución de la Junta de Andalucía, a fin de que emita una nueva sanción que castigue el incumplimiento del quejoso a la obligación de disponer de preservativos en su farmacia.⁷²⁸

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso “objeción de conciencia” (sentencia 145/2015), como se pudo observar, no se despliega un esquema amplio de criterios de corrección de la decisión, sin embargo, sí se identifican dos parámetros que resultan

⁷²⁷ *Idem.*

⁷²⁸ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66666.

sustanciales para el sentido de la decisión, los cuales se repasarán en este apartado de la investigación.⁷²⁹

Antes de ello, cabe recordar que el resultado de la ponderación entre el derecho de objeción de conciencia (que deriva del derecho de libertad ideológica) y el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres tuvo un resultado interesante, ya que si bien se determinó que el derecho a la objeción de conciencia fue vulnerado por la autoridad, decretándose su restablecimiento en la sentencia, ello no fue a costa de la afectación temporal de los derechos que jugaban en sentido contrario (salud sexual y reproductiva), así los jueces constitucionales determinaron que los derechos sexuales y reproductivos no fueron afectados por la inexistencia del medicamento con efectos abortivos en la farmacia del quejoso, ya que existían otras agencias farmacéuticas que cubrían las necesidades de las personas que demandarán tales medicamentos, todo lo cual cobra relevancia en la teoría de la ponderación de derechos, misma que implica, en la mayoría de los casos, la preferencia de algún derecho en detrimento de otro, lo cual no se presentó en el asunto en análisis.⁷³⁰ Veamos pues el esquema de calificación asumido por los jueces constitucionales españoles en el caso que se comenta, así se tiene que los parámetros de calificación de la decisión esbozados en la sentencia de estudio fueron únicamente el jurisprudencial y el de la duda razonable.

⁷²⁹ Se conoce que la sentencia en comento ha sido criticada por mostrar una argumentación débil, lo que se corresponde con los escasos criterios de evaluación utilizados, todavía más, para algunos autores la sentencia parte de dos premisas erróneas, por un lado, la objeción de conciencia no forma parte de la libertad ideológica, por el otro, la objeción de conciencia no se puede defender sin que exista una regulación legal previa. Véase Navarro-Michel, Mónica, “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2015, núm. 35, pp. 132–138 (p. 135), disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14287/17549>, página consultada el 24 de octubre de 2017.

⁷³⁰ Cabe recordar que la idea de ponderación evoca una balanza en la que las distintas normas, diríamos nosotros derechos, son pesadas y la decisión judicial dependerá del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso concreto a resolver, en otros términos, prevalecerá la solución generada por aquel derecho de mayor peso, ya que se habrá inclinado la balanza a su favor. Cfr. Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 153.

Sobre el criterio jurisprudencial, como se sabe, el Tribunal Constitucional español sustentó el sentido de su decisión tomando en consideración su diversa sentencia 53/1985, en la cual se atacaba como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto que no establecía expresamente la figura de objeción de conciencia, en dicha decisión, como se ha señalado, se determinó que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica. Tal sentencia fue considerada para asumir que el derecho de objeción de conciencia de los médicos para la práctica del aborto esbozada en la misma, también es aplicable a los farmacéuticos en el contexto de la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.

Por ello, se observa que los jueces constitucionales recurrieron a la jurisprudencia emitida para sustentar su decisión, en concreto, a la que señalaba que el derecho a la objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad ideológica, el cual, mediante una interpretación extensiva, es aplicable no sólo a los médicos sino además a los dueños de farmacias, los cuales en su ejercicio profesional pueden oponerse a la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos. Todo lo cual, propicia una lógica en la red de decisiones del Tribunal Constitucional español, lo que, paralelamente, genera seguridad jurídica en la sociedad, ya que las decisiones constitucionales se conectan y relacionan de forma consistente, ello, hasta en tanto no existan razones para asumir otro criterio.

Respecto al criterio de la duda razonable, se señala que el mismo fue utilizado para analizar las posibles semejanzas y diferencias entre el derecho de objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto, con el posible derecho de objeción de conciencia de los farmacéuticos para tener y distribuir medicamentos con determinados efectos abortivos.

De esta manera, los jueces constitucionales españoles identificaron que en el ámbito científico no existe un acuerdo concreto sobre los posibles efectos abortivos de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (medicamento que se le exigía tener al quejoso en su farmacia), así, como se sabe, asumieron que en el debate científico se dan posiciones que asumen que

dicho medicamento sí comporta efectos abortivos, por lo que se presenta una duda razonable en torno a tales efectos, que los jueces deben considerar para la toma de decisiones constitucionales.

Bajo este sendero, como se recordara, para el Tribunal Constitucional fue posible afirmar que la práctica del aborto y la negación de distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel en farmacias defienden una idea sobre la vida humana, por lo que ante la citada duda razonable, debe considerarse que existe un derecho de objeción de conciencia aplicable a los farmacéuticos ante la obligación que le imponen las normas jurídicas de tener cantidades mínimas en existencia de medicinas con el principio activo levonorgestrel, pues no está comprobado científicamente que no generen efectos abortivos, en otras palabras, la duda razonable sobre cuáles son efectivamente los efectos de tal medicamento, activa la necesidad de su ubicación en el seno del derecho a la objeción de conciencia a favor de las personas que, por sus convicciones éticas, defienden el derecho a la vida en todas sus formas y etapas de desarrollo.

Pues bien, tomando en consideración los criterios utilizados para la evaluación de la argumentación, se puede afirmar que la decisión emitida por el Tribunal Constitucional español, fue la más correcta y adecuada, ya que para decretar la violación del derecho de objeción de conciencia que deriva del derecho a la libertad ideológica a favor del quejoso, se utilizaron dos criterios para fiscalizar la decisión, los cuales sí bien son limitados, comportan una naturaleza fundamental para calificar la corrección de la decisión, ya que implícitamente abordan principios de consistencia constitucional y de prueba científica, esenciales para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Para terminar, se asume que para evaluar la corrección de las decisiones, se pueden aludir al menos dos criterios o parámetros, siempre y cuando los mismo sean fundamentales y contundentes, aunque, en nuestra opinión, se deben buscar más criterios para respaldar el sentido de las decisiones constitucionales que se lleguen a emitir, ello, a fin de eliminar, paradójicamente,

cualquier duda razonable que sobre la misma se pueda esbozar por la parte afectada temporalmente en sus derechos y la misma sociedad.

VI.- Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional de México, Colombia y España

Como idea general se destaca que el estudio de los tres casos de justicia constitucional de México, Colombia y España ha sido productivo para los fines de nuestra investigación por dos cuestiones, en primer lugar, porque nos ha permitido identificar algunas tendencias en torno a los parámetros de calificación de la corrección de las decisiones constitucionales, en segundo lugar, porque hemos podido evidenciar uno de los problemas planteados al inicio del presente trabajo, esto es, que no se está justificando la elección de las teorías de la argumentación utilizadas en las sentencias (por ejemplo, en el caso de la aplicación de la teoría de Robert Alexy). Volveremos sobre este punto en la parte propositiva de la investigación, por ahora basta con identificar dicha situación.

De esta forma, cabe englobar las tendencias encontradas sobre la corrección de las decisiones en los siguientes criterios:

- Finalidades constitucionales válidas.
- Idoneidad.
- Necesidad.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- Terminológico.
- Jurisprudencial.
- Dignidad humana.
- Derecho comparado.
- De la duda razonable.

Como se puede observar, los criterios esbozados por los jueces en los casos estudiados son limitados, sin embargo, derivado de su ubicación, se tiene

ahora una evidencia clara sobre el tipo de parámetros que algunos tribunales constitucionales están aplicando para calificar su decisión.

Dichos criterios deben ser ampliados, perfeccionados y regionalizados, así, estimamos que no es suficiente con identificarlos, sino que debemos incrementarlos y mejorarlos para que puedan ser aplicados de forma ordenada en la justicia constitucional mexicana, la cual nos demanda un esquema de justificación más complejo.

De modo que, hemos podido corroborar que existen algunos parámetros viables para evaluar la argumentación jurídica, mismos que si bien no son perfectos, sí generan un borrador útil para mejorar el proceso de toma de decisiones, que involucran posibles afectaciones a los derechos humanos, la gran tarea que se tiene ahora es establecer un esquema más sofisticado en torno a la evaluación de la argumentación jurídica, ello, contribuirá a lograr un avance en el desarrollo de una teoría de la decisión judicial de alcance nacional.

Para lograr tal cometido, se necesita continuar con el análisis de casos judiciales en el seno internacional, ello, nos permitirá ampliar la muestra práctica de nuestra investigación, adicionalmente, ayudará a que se pueda presentar una postura final sobre los criterios de evaluación de la argumentación en nuestro país. Dicha postura propositiva será asumida en la parte final del presente trabajo, esto es, una vez que se hayan ubicado algunos parámetros de la justicia internacional sobre la fiscalización de las decisiones. Pues bien, veamos a donde nos conduce el estudio de casos prácticos de la justicia internacional.

VII.- Prolegómenos de la justicia internacional sobre derechos humanos

La justicia internacional sobre los derechos humanos, que podemos identificar como el aparato institucional de alcance supranacional que busca corregir y castigar las deficiencias domésticas en la protección, promoción y garantía de los derechos humanos, todo ello, a fin de materializar una vida digna en el seno global, en cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre la materia, ha cobrado relevancia actual, principalmente, por dos motivos.

En primer lugar, derivado del papel que las sentencias internacionales sobre derechos humanos tienen para la verdadera configuración de los Estados constitucionales de derecho, pues un Estado que no respete, reconozca, maximice y atienda dichas determinaciones internacionales, que buscan lograr una protección efectiva de las personas, difícilmente podría considerarse como constitucional de derecho.

En segundo lugar, porque la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales constituye, en esencia, una extensión de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre o que contengan derechos humanos, por ello, es indispensable que se estudie, comprenda y aplique la misma en el seno nacional.⁷³¹ Aún más, para una mejor armonización de los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales, se requiere un diálogo entre los jueces de los diversos órdenes jurídicos, que sólo se puede iniciar si se asume un derecho constitucional y jurisprudencial de corte multinivel, o mejor, un nuevo derecho constitucional común de alcance global.⁷³²

Sobre el valor de la jurisprudencia internacional, en México, por ejemplo, el Máximo Tribunal del país ha establecido que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces

⁷³¹ En esta línea de pensamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese acuerdo internacional. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 61, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 25 de octubre de 2017.

⁷³² Sobre esto, Sergio García Ramírez ha señalado que el diálogo jurisprudencial influye de forma decisiva en la elaboración de un *ius commune*. Tal diálogo que antes era escaso, hoy en día abunda, para lo cual, existen buenos ejemplos de ello en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales, en concreto, la sentencia del 18 de septiembre de 2003 de dicho tribunal internacional en el caso *Bulacio vs Argentina*. Cfr. García Ramírez, Sergio, "La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*", en Bogdandy, Armin von (coord.), *et. al., Ius Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 55- 107 (p. 78).

mexicanos con independencia de que México sea parte en el caso judicial que la generó, ello siempre y cuando sea más favorable a la persona.⁷³³

Ahora bien, cabe indicar que a pesar de las grandes dificultades que tiene la justicia internacional para su efectiva realización en el ámbito nacional, ya que para ello, se requiere que previamente los Estados reconozcan la jurisdicción de las cortes internacionales, así como que suscriban y ratifiquen los acuerdos internacionales que reconozcan derechos humanos, se sabe que, en general, las normas y decisiones internacionales tienen un alto índice de cumplimiento, a pesar de las limitaciones del esquema de coacción en el seno internacional.⁷³⁴

A todo esto, se resalta que la relevancia del análisis de la justicia internacional sobre derechos humanos, se materializa en el contexto global bajo un sistema universal operado por la Organización de las Naciones Unidas (en el cual si bien no existe un tribunal con competencia exclusiva en derechos humanos, sí se cuenta como una Corte Internacional de Justicia que puede proteger indirectamente los derechos humanos y un aparato institucional con atribuciones no jurisdiccionales en la materia), así como con tres sistemas regionales de protección de derechos humanos, los cuales se desenvuelven en el continente europeo, americano y africano, tales sistemas cuentan con sus propias instituciones y tribunales especializados, además de representarse con acuerdos internacionales que les dan vida.

En suma, los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano), se desenvuelven en lo que, para fines de nuestra investigación, hemos identificado como justicia internacional

⁷³³ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 61, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, página consultada el 25 de octubre de 2017.

⁷³⁴ Por ejemplo, se ha dicho que la inmensa mayoría de las normas jurídicas internacionales son cumplidas cotidianamente y permiten que el orden internacional se desarrolle sin contratiempos (i.e: normas sobre finanzas, comercio, transporte, telecomunicaciones, principalmente), el problema se da con las violaciones a las normas que prohíben el uso de la fuerza. Cfr. Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006, pp. 23 y 24.

sobre derechos humanos, en otro lugar del presente trabajo analizaremos cada sistema de protección de derechos.

Con todo, no se desconoce que en el contexto asiático existen ciertos instrumentos e instituciones para la protección de derechos humanos, pero los mismos son de naturaleza incipiente, por lo que no califican para hablar de un sistema de protección de derechos humanos asiático propiamente dicho, a pesar de ello, a continuación se presentarán algunos de los elementos más relevantes sobre la protección de los derechos humanos en dicha región del mundo.

Para comenzar, se resalta que en Oriente Medio y el Magreb, se tiene a la Liga Árabe la cual fue establecida en 1945, mediante la firma de su Pacto fundacional en la ciudad del Cairo.⁷³⁵ Dicha Liga creó en 1968 el Comité Árabe de Derechos Humanos, cuya tarea esencial es la promoción de dichos derechos, lo cual realiza mediante la redacción de informes en torno a la situación de los derechos humanos en la región asiática.⁷³⁶ Asimismo, existe una Carta de Derechos Humanos adoptada el 23 de mayo de 2004 en el seno de la Liga Árabe, misma que entró en vigor el 15 de marzo de 2008 (luego de la ratificación de 7 países). El antecedente de dicho instrumento se tuvo en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, la cual fue firmada por Iraq pero nunca se ratificó.⁷³⁷

Ahora bien, en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004, se estableció la creación de un *Comité Árabe de Derechos Humanos*, el cual se conforma de 7 miembros elegidos mediante voto secreto por los Estados parte de la

⁷³⁵ Véase Pacto de la Liga Árabe: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/352/14.pdf>, página consultada el 26 de octubre de 2017.

⁷³⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.119.

⁷³⁷ Véase Alles Delphine, Clara Egger, “Los sistemas de protección de derechos humanos de los países del sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional”, trad. de Ana Inés Fernández Ayala, *Foro Internacional*, el Colegio de México, A.C., México, 2016, vol. LVI, núm. 1, enero-marzo de 2016, pp. 40-81 (p. 47), disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/599/59945551003.pdf>, página consultada el 26 de octubre de 2017.

Carta.⁷³⁸ (Se trata de una transformación del ya existente Comité Árabe de Derechos Humanos de 1968, pues el nuevo Comité reasume sus funciones con una composición diferente).⁷³⁹ Adicionalmente, en 2013 se decidió por parte de los Estados miembros de la Liga, la creación de una Corte Árabe de Derechos Humanos, sin embargo, todavía no se conoce cuáles serán las atribuciones de dicho órgano judicial, ni cuando comenzará a operar.⁷⁴⁰

Por otro lado, en el Sudeste Asiático, el proceso de creación de un sistema regional de protección de derechos humanos tuvo lugar en el contexto de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático. Esta organización regional de Estados fue establecida en 1967 por Tailandia, Indonesia, Malasia, Singapur y Filipinas mediante la firma de la Declaración de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁷⁴¹

A todo esto, en 2007 se inició un proceso de renovación de dicha organización regional, lo que dio como resultado la suscripción de la Carta de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la cual entró en vigor en 2008, en dicho documento se retoma la idea de protección de los derechos humanos en la región del Sudeste Asiático. Para tal efecto, se ordena en la misma, la creación de un órgano de derechos humanos, el cual deberá funcionar según lo precise el Comité de Ministros de la Asociación. Con base en dicha Carta, en 2009 el Comité de Ministros puso en operación a la Comisión

⁷³⁸ Cfr. Artículo 45 de la Carta Árabe de Derechos Humanos: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised_Arab_Charter_Human_Rights_2004_Em.pdf, página consultada el 26 de octubre de 2017.

⁷³⁹ Para la redacción de esta párrafo se han remontado las ideas esbozadas por José Antonio Pastor y Paola Acosta en Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁷⁴⁰ Cfr. Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 115.

Intergubernamental de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁷⁴²

La Comisión Intergubernamental tiene un compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos, aunque como organismo intergubernamental tiene muchas limitaciones en términos de su trabajo independiente.⁷⁴³

Las principales funciones de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos son: a) elaborar un informe general anual sobre la situación de los derechos humanos en la región, b) prestar asistencia técnica y coadyuvar en la ejecución e implementación efectiva de las normas sobre derechos humanos y, c) servir como plataforma de diálogo entre los diferentes actores involucrados con la promoción y defensa de los derechos humanos.⁷⁴⁴

Finalmente, se destaca que existe una Declaración de los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, adoptada en 2012 en Cambodia, en la misma se reconocen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho humano al desarrollo y la paz.⁷⁴⁵

De acuerdo con lo señalado en torno a la situación de los derechos humanos en el continente asiático, podemos corroborar, que si bien existen ciertos instrumentos y órganos con competencia en derechos humanos, los mismos están aún en un proceso de desarrollo, por lo que no es adecuado afirmar que existe un verdadero sistema regional de protección de derechos humanos en Asia, como el que opera en Europa o América, con mucho, se piensa que en un

⁷⁴² Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 115 y 116. El fundamento jurídico para la creación del referido órgano de derechos humanos, se tiene en el artículo 14 de la Carta de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, disponible en <http://agreement.asean.org/media/download/20160509062115.pdf>, página consultada el 26 de octubre de 2017.

⁷⁴³ *Cfr.* Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁴⁴ *Cfr.* Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁴⁵ *Cfr.* Asean Human Rights Declaration, disponible en <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20121217-165728-100439.pdf>, página consultada el 26 de octubre de 2017.

futuro cercano la región asiática podrá comenzar a operar un esquema más sofisticado, a fin de proteger los derechos humanos de todos sus habitantes. Pues bien, de regreso a nuestro principal cometido, en adelante describiremos, con cierto detalle, cada uno de los sistemas de protección de derechos que operan en el mundo, veamos pues a donde nos lleva esta encomienda.

1.- Sistema universal de protección de derechos humanos

Si bien existen diversos puntos de vista en torno al origen de los derechos humanos, de modo que, algunos autores identifican la fuente del cuerpo de derechos básicos en los inicios del siglo XIII en Europa, se debe considerar que los derechos humanos representan una interpretación moderna y una expansión del concepto tradicional de Estado de derecho.⁷⁴⁶

De esta forma, se observa que los derechos humanos han cobrado relevancia en el ámbito internacional a partir de la fundación de las Naciones Unidas, la cual, conforme a la carta de San Francisco tiene como uno de sus propósitos el desarrollo, estímulo y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.⁷⁴⁷

Para tal efecto, las Naciones Unidas cumplen dicha encomienda mediante las siguientes instituciones y órganos: el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y con los distintos comités de protección de derechos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ello, con independencia de que la Corte Internacional de Justicia ha tenido un papel relevante en la protección de los derechos humanos como órgano judicial de las Naciones Unidas, a pesar de que la misma resuelve conflictos entre Estados, por ejemplo, se tiene el caso Avena, en el cual el gobierno mexicano demandó a los Estados Unidos de América en 2003 por violaciones a la Convención de Viena sobre relaciones consulares, derivado de lo cual, se

⁷⁴⁶ Smith, Rhona K. M, *Textbook on international human rights*, cuarta edición, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 5.

⁷⁴⁷ *Cfr.* Artículo 1, numeral 3 de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, disponible en <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>, página consultada el 26 de octubre de 2017.

buscaba la anulación de las condenas de pena de muerte de 52 mexicanos. El fallo de la Corte de 2004, determinó que al no informar a los mexicanos sus derechos y al no notificar a las autoridades consulares mexicanas los arrestos y condenas de los mismos, se habían incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares por parte de los Estados Unidos de América, por lo que era procedente la revisión y reconsideración judicial de las sentencias de pena de muerte emitidas por los tribunales americanos.⁷⁴⁸

Dicho caso, puso de manifiesto que la Corte Internacional de Justicia, al resolver un conflicto entre Estados, puede, paralelamente, intentar proteger derechos humanos, como fue la vida de varios mexicanos condenados a la pena de muerte, se decide intentar, porque Estados Unidos ha incumplido la sentencia del caso Avena, ya que dos mexicanos han sido ejecutados en Texas en 2008 y 2011. Respecto al incumplimiento de la sentencia Avena, la Suprema Corte de Justicia estadounidense ha señalado que la misma deriva de un acuerdo internacional que no tiene la naturaleza de ser auto-ejecutable, por lo que no posee carácter obligatorio en el orden jurídico interno, al no haber emitido el Congreso una legislación de implementación de tales obligaciones internacionales en el ámbito nacional de dicho país.⁷⁴⁹

Sobre el Consejo de Derecho Humanos se señala que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que sustituyó al Comité de Derechos Humanos creado en 1946, el mismo fue establecido por resolución de dicha asamblea en 2006.⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo*. El caso Avena, primera reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 8, 9 y 10.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pp. 65, 68 y 69.

⁷⁵⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, segunda edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 63. Sobre el extinto Comité de Derechos Humanos de 1946, cabe resaltar que el mismo fue diseñado como un órgano bastante limitado, pues sólo realizaba estudios y recomendaciones, en un principio, dicho Comité sólo conocía de ciertas violaciones graves y sistemáticas y no podía analizar las denuncias que presentaran los particulares, además de que su procedimiento era confidencial hasta su conclusión. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

El Consejo está conformado por 47 Estados miembros elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas, su integración está sustentada en una distribución geográfica equitativa. El Consejo busca promover el respeto universal de los derechos humanos, para lo cual puede emitir recomendaciones sobre transgresiones a los mismos, por otro lado, analiza la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, mediante el mecanismo de exámenes periódicos universales aplicados una vez cada cuatro años en cada Estado. En dicho proceso, el Estado señala cuáles son las acciones que ha emprendido a favor de los derechos humanos y cómo ha materializado sus obligaciones sobre la materia. Asimismo, el Consejo contempla un mecanismo de denuncias particulares de los individuos y organizaciones por posibles violaciones a los derechos humanos.⁷⁵¹

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es el principal funcionario de las Naciones Unidas que ostenta la responsabilidad en materia de derechos humanos. La figura fue creada por la Asamblea General de dicha organización internacional en el seno de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993.⁷⁵²

Las funciones principales del Alto Comisionado son las siguientes: a) promover y proteger el disfrute efectivo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, b) formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema universal de derechos humanos sobre el mejoramiento de la protección de los mismos y c) prestar apoyo sustantivo a las reuniones del Consejo de Derechos Humanos y dar seguimiento a sus deliberaciones.⁷⁵³

Respecto de los distintos comités de protección de derechos humanos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales, cabe indicar que a diferencia del Consejo de Derechos Humanos, los comités no fueron

⁷⁵¹ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁷⁵² *Ibidem*, pp. 64 y 65.

⁷⁵³ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, p. 65.

diseñados como entes intergubernamentales (compuestos por representantes de los gobiernos), sino más bien como órganos formados por expertos independientes, los que deben ser personas con reconocida competencia en materia de derechos humanos, que no representan a los Estados de su nacionalidad, tales expertos son nombrados entre los nacionales de los Estados parte de cada tratado, con base en parámetros de distribución geográfica.⁷⁵⁴

Actualmente existen 10 órganos o comités creados en virtud de diversos tratados, los cuales se presentan a continuación:⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ Anaya Muñoz, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., 2014, p. 75.

⁷⁵⁵ Para el elaboración del presente cuadro que contiene los órganos creados por tratados internacionales, se utilizaron los cuadros e ideas de Mireya Castañeda y Alejandro Anaya, véase Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Fascículo 1, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, pp. 63 y 65 y Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 78.

Órganos creados por tratados internacionales:		
Órgano:	Tratado:	Integración:
Comité de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	18 expertos independientes
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	23 expertos independientes
Comité contra la Tortura	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y su protocolo facultativo	10 expertos independientes
Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y su protocolo facultativo	25 expertos independientes
Comité de los Derechos del Niño	Convención sobre los Derechos del Niño	18 expertos independientes
Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	10 expertos independientes
Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	18 expertos independientes
Comité de Desapariciones Forzadas	Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas	10 expertos independientes

Los comités realizan diversas funciones con el objetivo de promover la implementación de los acuerdos intencionales que les dieron vida. Una de sus

principales labores es monitorear el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados respectivos.⁷⁵⁶

Entre las facultades esenciales que tienen los comités, se identifican las siguientes: a) examen de informes periódicos, b) emisión de observaciones finales, c) atender las denuncias entre Estados, d) recibir comunicaciones de particulares, e) realizar investigaciones especiales y f) emitir observaciones generales.⁷⁵⁷

Finalmente, se resalta que todos los comités de implementación de los tratados de derechos humanos, no pueden obligar a los Estados a que cumplan sus recomendaciones, lo único que pueden hacer mediante su trabajo es monitorear y evaluar las situación de los derechos humanos y, en todo caso, plantear públicamente que determinado Estado no ha cumplido con sus obligaciones jurídicas en el contexto de algún tratado internacional.⁷⁵⁸

2.- Sistema europeo de derechos humanos

El sistema europeo de derechos humanos surgió después de la Segunda Guerra Mundial en el Consejo de Europa, órgano creado en 1949 integrado por 47 países miembros, mismo que tiene como objetivo salvaguardar y buscar la mayor efectividad de los derechos humanos.⁷⁵⁹

Se aclara que la Unión Europea y el Consejo de Europa son estructuras internacionales independientes y diferentes entre sí, el Consejo es una organización intergubernamental regional, parecida a la Organización de los Estados Americanos, por su parte, la Unión Europea es una estructura de gobernanza supranacional. Así, se observa que el régimen europeo de derechos humanos no es parte del esquema institucional de la Unión Europea, la cual tiene sus propios órganos de promoción de derechos humanos.⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁵⁷ Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados...*, *cit.*, p. 65.

⁷⁵⁸ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁵⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 102 y 103.

⁷⁶⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 85.

Ahora bien, como fundamento normativo del sistema europeo, se tiene el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (adoptada el 4 de noviembre de 1950 por los miembros del Consejo de Europa), con el cual se dio el primer paso para la creación del sistema europeo de protección de derechos humanos. En tal instrumento internacional, se estableció la puesta en marcha de un mecanismo complejo integrado en su inicio por dos instancias: una comisión no judicial y un tribunal, que tendrían como encomienda la tutela de los derechos humanos previstos en el citado Convenio, en el caso de que la misma no haya sido posible materializar en el ámbito nacional.⁷⁶¹

A todo esto, en el contexto del derecho internacional, aún cuando en principio la ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no era obligatoria, a partir de 1993, todo Estado que quisiera formar parte del Consejo de Europa debía ratificar el Convenio, además de aceptar la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo cual, el sistema europeo de derechos humanos ha adquirido una vigencia regional absoluta, a diferencia de su homólogo interamericano.⁷⁶²

Pues bien, se resalta que el Convenio de 1950 se limitó a recoger los derechos con menores dificultades para su eficaz protección internacional, a saber, los derechos políticos y civiles. En concreto, el mecanismo de protección aseguró su efectividad al permitir que los Estados y las personas puedan denunciar las violaciones a los derechos reconocidos, acabando con el principio de protección diplomática.⁷⁶³

⁷⁶¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Colombia, Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008, p. 21.

⁷⁶² *Idem*. De esta forma, actualmente la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos son obligatorias para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁷⁶³ Hermida del Llano, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 23.

El Convenio Europeo está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre los derechos que reconoció inicialmente se tienen los siguientes: vida, libertad, seguridad, irretroactividad de las leyes, libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión y asociación, entre otros más. Cabe anotar que el Convenio ha sido completado por diversos protocolos adicionales que pueden dividirse en tres grupos: a) los que incorporan derechos, b) los que modifican el sistema de protección y c) los que abordan la competencia e interpretación.⁷⁶⁴

De dichos protocolos, se destaca el Protocolo número 9 de 1990, con el cual se estableció por primera vez que las personas, las organizaciones no gubernamentales y un grupo de individuos podían presentar un caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque con ciertas restricciones, pues debía concluir su intervención la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.⁷⁶⁵ Con mucho, hasta las reformas introducidas por el citado Protocolo 9, las personas, grupos u organismos de la sociedad civil no podían llevar el caso directamente ante la Corte.⁷⁶⁶

Por otro lado, con el Protocolo número 11, que entró en vigor en 1998, se transformó la estructura del sistema europeo de derechos humanos, mediante la eliminación de la Comisión Europea de Derechos Humanos,⁷⁶⁷ asimismo, se resalta que dicho Protocolo dejó sin efectos el diverso Protocolo 9, el cual sólo estuvo vigente de 1994 a 1998.

De esta forma, tras la entrada en vigor del Protocolo número 11 en noviembre 1998, el tribunal de Estrasburgo tiene una doble naturaleza, es

⁷⁶⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 104 y 105.

⁷⁶⁵ *Cfr.* Artículos 3 y 5 del Protocol No. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, disponible en <https://rm.coe.int/168007bd22>, página consultada el 1 de noviembre de 2017.

⁷⁶⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁶⁷ La Comisión Europea de Derechos Humanos suspendió sus funciones en noviembre de 1998, hasta antes de esa fecha la Comisión examinaba la admisibilidad dentro del marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de todo procedimiento de una persona o de un Estado interpuesto contra otro Estado miembro de la Convención. *Cfr.* Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 106.

único, al haberse eliminado a la Comisión Europea de Derechos Humanos y además es permanente. De tal suerte, que la presentación de una demanda de alguna persona conlleva su estudio por parte de los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁷⁶⁸

En concreto, con las reformas del Protocolo 11, se logró la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el fortalecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos y la eliminación de la facultad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para determinar si se habían afectado los derechos humanos, en un asunto en particular.⁷⁶⁹

Con todo, los Protocolos más recientes que modifican la Convención Europea de Derechos Humanos son el 15 y 16. El Protocolo número 15 de 2013 introduce una referencia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación, asimismo, reduce de 6 a 4 meses el tiempo límite para someter una petición a la Corte, después de emitida la decisión final en el ámbito nacional. Dicho Protocolo entrará en vigor tan pronto como todos los Estados partes de la Convención hayan firmado y ratificado el mismo.⁷⁷⁰

Sin entrar a detalle, se destaca que el margen de apreciación aludido puede entenderse como un parámetro de interpretación y aplicación de los derechos humanos que se atribuye a un Estado por un tribunal regional. Su existencia se sustenta en la ausencia de un consenso sobre un tema, entre los diferentes

⁷⁶⁸ Hermida del Llano, Cristina, *op. cit.*, p. 24

⁷⁶⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86. Debe recordarse que antes del Protocolo 11, cuando no era remitido a la Corte Europea un caso examinado por la Comisión Europea, el Comité de Ministros tenía el poder de determinar, con base en un informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, si en efecto se habían violado los derechos humanos de alguna persona y fijaba las acciones que el Estado responsable debía asumir. Véase Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁷⁰ *Cfr.* Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, página consultada el 2 de noviembre de 2017.

Estados parte de un tratado, lo que genera que los tribunales regionales se vean imposibilitados para construcción una regla de interpretación unificada.⁷⁷¹

Por su parte, el Protocolo número 16 de 2013, va a permitir que las más altas cortes y tribunales de un Estado parte de la Convención, puedan solicitar a la Corte Europea de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre cuestiones relacionadas con el principio de interpretación y aplicación de los derechos y libertades definidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos.⁷⁷²

Además del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, otro de los instrumentos base del sistema europeo es la Carta Social Europea de 1961, misma que complementó los derechos económicos y laborales.⁷⁷³ Dicha Carta tiene tres protocolos de 1988, 1991 y 1995, así como una versión revisada de la misma de 1996, que entró en vigor en 1999.⁷⁷⁴

La Carta Social Europea revisada, tuvo como propósito darle un impulso diferente a la Carta original y ampliar los derechos humanos, la misma reconoció los siguientes derechos sociales: trabajo, seguridad social, formación profesional, asimismo, reconoció el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, así como el derecho a la vivienda.⁷⁷⁵ Con mucho, se resalta que la Carta Social Europea no es materia de ejecución judicial.⁷⁷⁶

⁷⁷¹ Barbosa Delgado, Francisco R, "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", *Revista Derecho del Estado*, número 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135 (pp. 109-110), disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>, página consultada el 2 de noviembre de 2017.

⁷⁷² *Cfr.* Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, página consultada el 2 de noviembre de 2017.

⁷⁷³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 104.

⁷⁷⁴ *Cfr.* European Social Charter (revised), disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>, página consultada el 1 de noviembre de 2017.

⁷⁷⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 107 y 108.

⁷⁷⁶ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 123.

Por otro lado, sobre los órganos del sistema europeo, se tiene que a partir de 1998 sólo se cuenta con la Corte Europea de Derechos Humanos, misma que tiene su sede en Estrasburgo, Francia. Fue creada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la composición de la Corte es de un número igual a los Estados partes del citado Convenio, esto es, 47 jueces (igual número que los Estados miembros del Consejo de Europa), son elegidos por nueve años sin posibilidad de reelección.⁷⁷⁷

La elección de los jueces está a cargo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la que los elige por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por cada Estado.⁷⁷⁸ Aunque los jueces son electos en relación con un Estado, los mismos analizan los casos como individuos, por lo que no representan a su Estado, ellos son totalmente independientes y no pueden estar envueltos en alguna actividad que sea incompatible con su responsabilidad de independencia e imparcialidad.⁷⁷⁹

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Europea de Derechos Humanos son consultivas, preventivas y contenciosas, además, de realizar funciones normativas (aprueba su reglamento) y administrativas (designa a su secretario). La función consultiva se extiende a todos los asuntos referentes a la interpretación y aplicación del Convenio y sus protocolos, la función preventiva implica la posibilidad de la Corte de solicitar a un Estado la adopción de medidas provisionales, mientras analiza algún caso judicial, por otro lado, la función contenciosa se refiere al poder para conocer de las demandas presentadas por cualquier persona u organización no gubernamental o por cualquier Estado por violaciones de otro Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 110 y 111.

⁷⁷⁸ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana...*, cit., p. 31.

⁷⁷⁹ Composición de la Corte Europea de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1368718271710_pointer, página consultada el 1 de noviembre de 2017.

⁷⁸⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 111 y 112.

A todo esto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha emitido más de 10,000 sentencias, algunas de las decisiones más relevantes han permitido cambios significativos en la legislación nacional, sin embargo, la Corte se ha convertido en víctima de su propio éxito, ya que cuenta con una enorme acumulación de peticiones sin procesar y grandes demoras en la conclusión de los casos.⁷⁸¹

Ahora bien, una de las cuestiones más innovadoras de la Corte ha sido la implementación del principio de interpretación evolutiva, mismo que indica que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no deben interpretarse de acuerdo con las interpretaciones formuladas en el momento de su creación (que es la regla en el derecho internacional), sino a la luz de las prácticas actuales. De esta forma, se aprecia que la Corte ha operado como un mecanismo para la evolución progresiva de los derechos humanos.⁷⁸²

Adicionalmente, se tiene al Comité de Ministros del Consejo de Europa (integrado por los ministros de relaciones exteriores de los Estados miembros del Consejo), el cual es el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como de establecer medidas para detener o reparar el daño por parte de los Estados, ahora bien, aunque dicho Comité no puede obligar al cumplimiento de las sentencias, la presión “entre pares” juega un papel relevante para que los Estados que violan las normas del sistema cumplan con las sentencias.⁷⁸³ Pese a ello, se sabe que dado el contexto de la extensa e intensa cooperación regional en Europa, la mayoría de los Estados cumplen con las decisiones generadas en el ámbito del sistema europeo.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁸² *Idem.*

⁷⁸³ Sepúlveda, Magdalena, *et. al.*, (eds.), *Human rights reference handbook*, Costa Rica, University of Peace, 2004, pp. 127 y 135 (original no consultado *cit* por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 87).

⁷⁸⁴ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 125.

3.- Sistema interamericano de derechos humanos

Para comenzar, cabe presentar el origen y desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano, así se tiene que los Estados americanos se hallaban agrupados desde 1890 en la Unión Panamericana, a la luz de dicha Unión se llevaron a cabo algunas acciones relacionadas con la protección de los derechos humanos, por ejemplo, el establecimiento del asilo político, aunque tales acciones no adquirieron un carácter sistemático, ni tampoco se logró la creación de un órgano de protección de derechos humanos.⁷⁸⁵

Pese a ello, con la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la suscripción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948, se generaron los primeros cimientos de lo que ahora conocemos como el sistema interamericano de protección de derechos humanos.⁷⁸⁶

En concreto, la OEA fue establecida en la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá, Colombia en 1948, la Carta de la OEA suscrita el mismo año, entró en vigor en 1951, la misma define los propósitos de la organización, a saber, la preservación de la paz y la seguridad de la región, la defensa colectiva y la promoción de la democracia representativa, a diferencia de la Carta de la ONU, la Carta de la OEA no establece un rubro sobre la promoción de los derechos humanos, aunque sí señala que todo ser humano tiene derechos fundamentales. Todavía más, en la misma Novena Conferencia Internacional, se adoptó el 2 de mayo de 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la misma es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ González Morales, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 29.

⁷⁸⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁸⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 79.

En los 11 años posteriores a la creación de la OEA, no hubo un seguimiento para establecer mecanismos institucionales de protección de los derechos humanos en la región. Sólo se tuvieron algunas acciones como la encomienda al Comité Jurídico Interamericano para la elaboración de un proyecto de estatuto a fin de generar las bases para una futura Corte interamericana. Sin embargo, el Comité estimó prematuro el preparar tal estatuto, ya que no se contaba con un tratado sobre derechos humanos. Con todo, en los años cincuenta se aprobaron dos pactos sobre derechos de las mujeres, a saber, la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, pero al carecer de una estructura de protección efectiva, era evidente que en aquella época no existía un verdadero sistema interamericano de protección de los derechos humanos.⁷⁸⁸

En ese tiempo fue incorporada a la OEA, la Comisión Interamericana de Mujeres, pero la misma no era un órgano de protección de derechos humanos, sino más bien una entidad dedicada al análisis de dicha temática. Por ello, sería sólo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959, que se puso en marcha un verdadero sistema de protección de derechos humanos en la región americana.⁷⁸⁹

Así, durante la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Asuntos Exteriores (que es un órgano principal de la OEA) en 1959, se creó mediante resolución la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entidad de naturaleza política, encargada de la promoción de los derechos humanos, cuyas tareas de supervisión empezaron en 1960.⁷⁹⁰

En la primera etapa de su existencia, las tareas de la Comisión se centraban en realizar estudios e informes generales (no de países), así como en hacer recomendaciones generales a los Estados miembros de la OEA. En 1965 se modificó por primera vez el Estatuto de la Comisión, a fin de establecer la

⁷⁸⁸ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁹⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 74.

facultad de examinar comunicaciones o peticiones individuales, aunque sólo en relación con algunos de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (i.e: a la vida, igualdad ante la ley, libertad de credo, libertad de expresión, acceso a la justicia, entre otros más).⁷⁹¹

Como se puede observar, el sustento jurídico de la Comisión Interamericana era débil, ya que no se basaba en la Carta de la OEA, ni en otro tratado internacional, por ello, en 1967 dicha Carta fue reformada mediante el protocolo de Buenos Aires, con el objeto de incluir a la Comisión Interamericana como órgano de la OEA, asimismo, se le dio la facultad de supervisar el respeto de todos los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana.⁷⁹²

Regresaremos sobre la integración y funciones actuales de la Comisión más adelante, ahora cabe continuar con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano, así, se tiene que las intenciones originales de la OEA de adoptar un acuerdo general sobre derechos humanos se materializaron en 1969 con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la cual fue suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos (misma que entró en vigor en 1978).⁷⁹³

En términos generales, el Pacto de San José se refiere de forma casi exclusiva a los derechos humanos civiles y políticos, de hecho, sus disposiciones son más protectoras que el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 y, en algunos casos, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Sin embargo, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la propia Convención Americana son mínimas, ya que sólo se contienen en los artículos 26 y 42, sin que se puedan iniciar casos concretos en defensa de tales derechos, así, únicamente se contempló el mecanismo de envío por parte de los Estados a la

⁷⁹¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁹² *Idem.*

⁷⁹³ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 37.

Comisión Interamericana de copias de los informes que en materia económica, social y cultural se presenten ante los órganos de la OEA.⁷⁹⁴

Por esta razón, es evidente que la Convención Americana apareció notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966, aunque, cabe resaltar que el instrumento general que sí reconocía los derechos económicos, sociales y culturales fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.⁷⁹⁵ La cual, en su capítulo primero proclamó los derechos humanos y en el segundo capítulo, los deberes, para lo cual establece dos categorías de derechos humanos: los civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales.⁷⁹⁶

En lo referente a los mecanismos de protección de los derechos humanos, el Pacto de San José fue sumamente relevante para el desarrollo del sistema interamericano por dos razones, en primer lugar, porque fortaleció a la Comisión Interamericana, al dotarla de una función de sometimiento de casos a un órgano judicial, en segundo lugar, porque estableció una Corte Interamericana, en donde hasta ese momento no existía ningún tribunal internacional de derechos humanos con jurisdicción en los países del continente americano, pues las Naciones Unidas no habían establecido un

⁷⁹⁴ González Morales, Felipe, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁹⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136. A todo esto, conviene identificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 10/89, señaló que aunque la Declaración Americana no haya nacido como un tratado internacional, ello no implica que no tenga efectos jurídicos y que no pueda ser interpretada en el marco de la Carta de la OEA y del Pacto de San José, véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136.

tribunal internacional dedicado a la protección exclusiva de los derechos humanos.⁷⁹⁷

Para seguir avanzado con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano, se resalta que el problema de la ausencia del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José, se resolvió con la adopción del primer Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, conocido como Protocolo de San Salvador, mismo que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.⁷⁹⁸

El Protocolo de San Salvador, a diferencia del Pacto de San José, sí contiene un listado de los derechos económicos, sociales y culturales, muy similar al contenido del Pacto Internacional de las Naciones Unidas que contempla tales derechos, así, por ejemplo, el Protocolo reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano.⁷⁹⁹

En concreto, el Protocolo de San Salvador contempla el derecho al trabajo, los derechos sindicales, a la seguridad social, a la salud, al medio ambiente, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, los derechos de los niños y los ancianos y el derecho a la protección de los minusválidos.⁸⁰⁰

Respecto de los medios de protección de los derechos consagrados, el Protocolo es muy limitado, ya que establece un mecanismo de informes específicos periódicos sobre las medidas progresivas que hayan establecido

⁷⁹⁷ González Morales, Felipe, *op. cit.*, pp. 40 y 41. De hecho, en la actualidad se carece de una corte de derechos humanos con carácter general en el seno de las Naciones Unidas, pues la Corte Penal Internacional sólo se refiere a algunas violaciones graves de los derechos humanos (crímenes internacionales), por su parte, como se ha señalado, la Corte Internacional de Justicia, entre sus diversas competencias, puede conocer de situaciones que afecten a los derechos humanos, pero no tiene una competencia general en la materia, menos aún, los Comités de los Pactos Internacionales creados en el contexto de las Naciones Unidas, pueden enviarle casos de violaciones a derechos humanos, como sí lo hace la Comisión Interamericana a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cfr.* González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁹⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional..., cit.*, p. 139.

⁷⁹⁹ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional..., cit.*, p. 140.

los Estados para asegurar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo. Con todo, cabe mencionar que conforme a otros instrumentos del sistema de la OEA, los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materia económica y social.⁸⁰¹

Ahora bien, los informes periódicos que consagra el Protocolo de San Salvador, no son presentados directamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al Secretario General de la OEA, el cual los remite para su revisión al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para Educación, la Ciencia y la Cultura, además de enviarle copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de esta forma, el Protocolo señala que los Consejeros de tales entidades, podrán, en sus informes anuales, formular las observaciones que estimen convenientes a los Estados.⁸⁰²

Otro tema a destacar del citado Protocolo, se relaciona con la posibilidad de recurrir a las peticiones individuales que contempla el Pacto de San José, en caso de violación a los derechos a formar sindicatos o a la educación, asimismo, se establece que la Comisión Interamericana puede formar observaciones y recomendaciones sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los Estados partes del Protocolo.⁸⁰³

Así, se puede asumir que a la luz del Protocolo de San Salvador, sólo es posible presentar denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de violaciones al derecho de sindicación y al derecho a la educación, aunque, en rigor, el derecho de sindicación ha sido entendido históricamente por la Corte Interamericana como parte del derecho de asociación, el cual fue reconocido en el Pacto de San José, por lo que el único avance real, sobre la posibilidad de presentar denuncias individuales se dio respecto al derecho a la educación.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰² *Idem.*

⁸⁰³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 140.

⁸⁰⁴ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 55.

Con base en todo lo señalado, se puede asumir que los principales instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos son la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

No obstante lo anterior, se aclara que existen muchos instrumentos internacionales que se consideran también parte del sistema, los cuales para los fines de nuestra investigación no es necesario estudiar, entre ellos, se tiene la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) de 1994, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Interamericana para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.⁸⁰⁵

Sobre los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, se tiene que el mismo inspirado en el sistema europeo, está conformado por dos órganos, a saber, una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸⁰⁶

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión es un órgano político del sistema interamericano, la misma se integra por 7 miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA, mediante ternas presentadas por los Estados miembros para un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección por una sola vez. Su principal función es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, así como servir de órgano de consulta de la OEA en dicha materia. Para lo cual, utiliza

⁸⁰⁵ Para un análisis detallado de cada uno de dichos instrumentos interamericanos, véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 141-145.

⁸⁰⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 145.

tres herramientas: a) informes: temáticos o por países, b) medidas de protección y c) trámite de quejas individuales.⁸⁰⁷

En concreto, podemos identificar que los principales procedimientos de monitoreo, escrutinio y protección de los derechos humanos, que utiliza la Comisión son la elaboración de informes especiales sobre el estatus de derechos humanos en ciertos países o sobre temas específicos en la región, así como la recepción de peticiones individuales.⁸⁰⁸ Veamos pues estas importantes tareas de la Comisión.

Para el caso de los informes especiales, la Comisión se basa en la información proveniente de distintas fuentes como de las organizaciones de la sociedad civil o de los órganos de las Naciones Unidas, un esquema relevante en este sentido es el de las visitas *in loco*. Tales visitas son misiones a un Estado realizadas por la Comisión, en las que recaba información de primera mano y analiza directamente la situación de derechos humanos en el país visitado, al juntarse con los servidores públicos del Estado, las organizaciones de la sociedad civil y víctimas de violaciones a los derechos humanos. Con mucho, cabe indicar que para que se pueda llevar a cabo una visita *in loco*, la Comisión deben contar con una invitación o anuncio previa del gobierno en cuestión.⁸⁰⁹

El resultado de este tipo de proceso de investigación y estudio es un informe de país, en el cual, la Comisión señala sus principales preocupaciones y formula una serie de recomendaciones al Estado visitado. Se destaca que la selección de los países o las temáticas sobre las cuales se efectúa una investigación y se publica un informe especial, dependen directamente de los comisionados.⁸¹⁰

⁸⁰⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 78.

⁸⁰⁸ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁰⁹ *Idem*. Sobre esto, se resalta que la Comisión puede en casos graves o urgentes realizar un visita *in loco* con el previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue que se cometió la transgresión. Cfr. Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 148.

⁸¹⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

En cuanto a los informes temáticos, la Comisión elabora y publica los mismos sobre asuntos específicos, como son las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia o la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.⁸¹¹ Los informes temáticos más recientes publicados por la Comisión son los siguientes: a) estándares para una internet libre, abierta e incluyente, b) las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas y c) medidas dirigidas a reducir el uso de la presión preventiva en las Américas.⁸¹²

Por lo que se refiere a la recepción de peticiones individuales por parte de la Comisión, se señala que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental puede dirigir peticiones a la Comisión que contengan denuncias por violaciones al Pacto de San José o de otros instrumentos del sistema interamericano por un Estado miembro de la OEA y parte del Pacto de San José. En el mismo sentido, los Estados parte pueden enviar a la Comisión comunicaciones sobre violaciones a la Convención Americana efectuadas por otro Estado parte. La Comisión también puede, por iniciativa propia, comenzar la tramitación de una petición que contenga los requisitos para tal fin.⁸¹³ Asimismo, la Comisión está facultada para recibir peticiones que contenga una denuncia por violaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Estados miembros de la OEA que no sean parte del Pacto de San José.⁸¹⁴

Sobre el trámite general de las peticiones, la Comisión debe determinar, en primer lugar, si las mismas son admisibles, si el asunto es admitido, la Comisión estudia el fondo o los méritos del caso, después de considerar los

⁸¹¹ Véase Mandato y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

⁸¹² Para un estudio detallado de dichos informes temáticos véase <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

⁸¹³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 149.

⁸¹⁴ Cfr. Artículo 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comision-interamericana-derechos-humanos.pdf>, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

argumentos y evidencias de las partes, si no se logra una solución amistosa, la Comisión elabora un informe provisional en el cual esboza sus conclusiones. Si determina que sí hubo afectaciones a los derechos humanos, en el respectivo informe presenta sus recomendaciones al Estado involucrado. En el supuesto que el Estado no acepte o implemente las recomendaciones, la Comisión hace público el informe y lo incluye en su informe anual. Finalmente, si el Estado ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana, puede remitirse el asunto a la misma.⁸¹⁵

Respeto al citado esquema general de peticiones, cabe resaltar el problema y tensión que actualmente vive la Comisión, pues al año recibe alrededor de dos mil peticiones, por lo que sus procedimientos no se encuentran preparados para atender tal número de causas. Esto ha propiciado un atraso procesal en el trámite de las mismas (de alrededor de cinco años), lo que comporta que las peticiones estarán esperando ese número de años para ser estudiadas por primera vez, ello, sin considerar el tiempo para el estudio de la petición una vez que se acepte su tramitación.⁸¹⁶ Lo anterior, es un grave problema para la eficacia del sistema interamericano, que debe ser atendido de inmediato, a fin de lograr la efectiva protección de los derechos humanos en la región, pues es inconcebible que una petición presentada, por ejemplo, en 2017, pueda ser atendida hasta el año 2022.

Además de los informes especiales y las peticiones individuales, la Comisión puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares, las cuales pueden guardar o no conexión con una petición o caso, en situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del sistema

⁸¹⁵ Sepúlveda, Magdalena, *et. al.*, (eds.), *Human rights reference handbook*, Costa Rica, University of Peace, 2004, p. 149 (original no consultado cit por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, pp. 81 y 82).

⁸¹⁶ Paúl Díaz, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, núm. 43, 2o semestre de 2014, pp. 609 - 639 (p. 618), disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a17.pdf>, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

interamericano.⁸¹⁷ Asimismo, puede solicitar a la Corte Interamericana que emita medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables a las personas, para lo cual se deben considerar las siguientes hipótesis: a) que el Estado no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, b) que las medidas cautelares no hayan sido eficaces, y c) que exista una medida cautelar conectada a un caso ante la Corte.⁸¹⁸

Sobre esto, cabe resaltar que el Pacto de San José señala que la propia Corte Interamericana en los casos que esté conociendo puede adoptar las medidas provisionales que considere oportunas, pero si se trata de un caso que aún no ha sido sometido a su conocimiento, puede actuar a solicitud de la Comisión Interamericana.⁸¹⁹

Para finalizar el tema de la Comisión Interamericana, se precisa que la misma puede designar dentro de su equipo, o de manera externa, relatores especiales para que asuman asuntos concretos, así, se tiene a la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, entre muchas otras más.⁸²⁰

⁸¹⁷ *Cfr.* Artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comisión-interamericana-derechos-humanos.pdf>, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

⁸¹⁸ *Cfr.* Artículo 76 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comisión-interamericana-derechos-humanos.pdf>, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

⁸¹⁹ *Cfr.* Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, página consultada el 5 de noviembre de 2017.

⁸²⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte es una institución jurídica autónoma de la OEA cuya función esencial es la aplicación e interpretación del Pacto de San Jose y demás instrumentos del sistema interamericano.⁸²¹ Fue creada mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llevó a cabo su primera sesión en 1979, se conforma por 7 jueces, que operan a título personal, esto es, no representan a sus Estados, son elegidos por los Estados parte de la Convención en la Asamblea General de la OEA. La jurisdicción de la Corte es opcional para los Estados que han ratificado dicha Convención.⁸²²

En torno a la creación de la Corte, se señala que la misma goza de legitimidad democrática, ya que tal órgano judicial fue concebido por los Estados miembros de la OEA que elaboraron y aprobaron el Pacto de San José en 1969, por lo que tal consenso fue el elemento integrador del principio democrático, que se vivió al momento de suscribir la Convención Americana, la que permitió el surgimiento de la Corte Interamericana.⁸²³

Las principales tareas o funciones de la Corte son de naturaleza consultiva, preventiva, contenciosa y de supervisión, además, cuenta con tareas normativas, ya que expide su propio reglamento, así como con funciones administrativas, pues designa a su personal y administra su presupuesto.⁸²⁴

Sobre la función consultiva, se observa que en el sistema interamericano se aparta ampliamente del típico mecanismo consultivo del derecho internacional, ya que, todos los Estados miembros de la OEA, así como los órganos de la misma, pueden elevar consultas a la Corte, por otro lado, las consultas pueden referirse a la interpretación o alcance de cualquier disposición del sistema interamericano y de toda disposición del derecho internacional de los derechos

⁸²¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 152.

⁸²² Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p.82.

⁸²³ Hernández Castaño, Diana Patricia, *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014, pp. 55 y 56.

⁸²⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 154.

humanos, de las cuales los Estados sean partes de los tratados que las contengan, todavía más, los Estados están facultados para presentar consultas a la Corte sobre la compatibilidad de sus normas internas con las obligaciones del sistema interamericano.⁸²⁵

Ahora bien, sobre las opiniones consultivas, la Corte ha precisado que el objetivo de las mismas es ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar los acuerdos en materia de derechos humanos, sin necesidad de recurrir al formalismo y al esquema de sanciones que comporta el proceso contencioso.⁸²⁶

El trámite para las opiniones consultivas inicia con la presentación de la solicitud de consulta ante la Secretaría Ejecutiva de la Corte, la consulta debe ser clara y concisa, una vez recibida la misma, la Corte convoca a todos los Estados miembros de la OEA, así como a las organizaciones civiles a formular su postura en torno a la consulta, si lo estima necesario, la Corte puede citar a audiencias públicas para analizar el tema. Una vez que concluye tales fases, el órgano judicial emite su opinión, la cual debe ser ampliamente justificada.⁸²⁷

Respecto a la función preventiva, la Corte puede decretar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables a las personas, en todos los asuntos contenciosos sometidos a su jurisdicción. Como se indicó, cuando se trate de casos no sometidos a su conocimiento, la Comisión Interamericana podrá solicitarle la adopción de tales medidas provisionales.⁸²⁸

A diferencia de lo que acontece en el sistema europeo, en el sistema interamericano las medidas de protección son realmente herramientas tutelares, más que simples mecanismos procesales para proteger un proceso judicial.⁸²⁹

⁸²⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 93.

⁸²⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 155.

⁸²⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

⁸²⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 157.

⁸²⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 94.

En otro orden de ideas, se señala que el aspecto más complejo de las medidas provisionales, es el levantamiento de las mismas, ya que la adopción de las medidas se torna relativamente ágil, su mantenimiento opera en tanto no se demuestre que se han eliminado los requisitos para su adopción: extrema gravedad, urgencia y evitar daños irreparables, pero para levantar la medida se necesitan cubrir otros elementos. En particular, si uno de los tres requisitos señalados deja de tener vigencia corresponde a la Corte verificar la pertinencia de continuar con la medida provisional, ello, dependerá del caso en concreto, pues, hay asuntos en los que el levantamiento de la medida es sencillo, por ejemplo, cuando alguien es puesto en libertad por así señalarse en la propia medida provisional (Caso Cesti Hurtado de 2000).⁸³⁰

Sobre la función contenciosa, se tiene que el derecho de petición individual es la piedra angular del sistema interamericano, el mismo se concibió bajo el esquema europeo, como se ha señalado, se compone de dos instancias: una cuasi-judicial y de agotamiento obligatorio ante la Comisión Interamericana, otra, de naturaleza judicial ante la Corte Interamericana.⁸³¹

Así, la función contenciosa de la Corte, implica determinar si un Estado ha violado alguno de los derechos humanos consagrados en el Pacto de San José, ello, siempre y cuando el Estado haya reconocido la jurisdicción de la Corte. Por ejemplo, México reconoció la competencia contenciosa de dicho órgano judicial en 1998.⁸³²

Sólo los Estados partes de la Convención Americana y la Comisión Interamericana pueden enviar un caso a la Corte, esto es, las personas o grupos de personas no pueden acudir directamente a la misma.⁸³³ Sin embargo, los representantes de las presuntas víctimas pueden presentar de forma independiente solicitudes, argumentos y pruebas, así como participar en

⁸³⁰ Corzo Sosa, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 47, 56 y 57.

⁸³¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 79.

⁸³² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 157- 158.

⁸³³ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

las diversas etapas del proceso, de hecho, las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado pueden ser observadas por los representantes de las presuntas víctimas.⁸³⁴ Como dato relevante, se precisa que la Comisión habitualmente envía el caso a la Corte Interamericana cuando así lo requiere o solicita el peticionario.⁸³⁵

Por lo que hace al procedimiento, cuando se remite un caso a la Corte, la misma lleva a cabo un examen de admisibilidad, si la Corte asume un caso como admisible, procede a evaluar los méritos o la sustancia del mismo, de esta manera, emite una sentencia en la que determina si el Estado denunciado es responsable de vulnerar los derechos humanos, asimismo, establece diversas medidas para reparar el daño y evitar que vuelva a acontecer un caso similar en el futuro.⁸³⁶ La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable, por lo que se asume como el principal órgano con mayor poder para hacer efectivo el Pacto de San José.⁸³⁷

Ahora bien, sobre las reparaciones que puede decretar la Corte en sus sentencias, se resalta que la misma ha construido mediante jurisprudencia, desde hace más de 20 años, la idea de una reparación integral, la cual ha sido reconocida y adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y por la

⁸³⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 158.

⁸³⁵ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126. Ello cobra importancia, si se considera que la Comisión Interamericana recibe cada año más de 1000 peticiones individuales. *Cfr.* Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126.

⁸³⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82. Cabe hacer notar, que en el procedimiento ante la Corte, se admite la presentación de un *amicus curiae*, es decir, una persona o institución ajena al asunto y al proceso que expone a la Corte argumentos sobre los hechos del caso o formula consideraciones jurídicas sobre el proceso, mediante un documentos o a través de alegatos en las audiencias. *Cfr.* Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos e inconvencionalidad de la jurisprudencia. Con un enfoque de derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2015, p. 68.

⁸³⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 159. En este sentido, se enfatiza que, a diferencia de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, las sentencias de la Corte son vinculantes, esto es, de cumplimiento obligatorio de los Estados. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

Corte Penal Internacional como un estándar en materia de construcción del derecho humano a ser reparado integralmente.⁸³⁸

Entre las medidas que utiliza la Corte, para lograr una reparación integral de las víctimas, se tienen las siguientes: a) medidas de restitución: anulación de actos o procesos judiciales, restitución de derechos laborales, eliminación de antecedentes penales, devolución de tierras tradicionales y ancestrales, b) medidas de rehabilitación: asistencia médica, psicológica y psiquiátrica y rehabilitación en relación con el proyecto de vida, c) medidas de satisfacción y garantías de no repetición: publicación y difusión de la sentencia, realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, medidas educativas y de capacitación para víctimas, designación de días dedicados a la memoria de las víctimas, creación de monumentos, bustos o placas y establecimiento de cátedras, cursos o becas con el nombre de las víctimas, d) reforma y adecuación de normas: reforma constitucional para prohibir o restringir la censura previa, tipificación de delitos, normas sobre independencia judicial y reformas legislativas para garantizar la investigación efectiva de desapariciones forzadas y, e) reparaciones pecuniarias: daños indemnizables, daños materiales e inmateriales, costas y gastos.⁸³⁹

En torno a la función de supervisión de la Corte, se identifica que la misma ha establecido diversos mecanismos de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. En particular, desde 1999, la Corte empezó a expedir órdenes de cumplimiento a los Estados que han incumplido las sentencias, asimismo, a partir de 2001, en todas las resoluciones, la Corte requiere a los Estados para que realicen un reporte de cumplimiento cada 6, 12 o 18 meses de emitida la sentencia.⁸⁴⁰ Aún más, la Corte realiza informes de supervisión de sentencias, en los cuales efectúa una valoración sobre el grado de cumplimiento de la

⁸³⁸ Vivas Barrera, Tania Giovanna, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado”, en Chacón Triana, Nathalia, *et. al.*, *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 9-35. (pp. 18 y 22).

⁸³⁹ Vivas Barrera, Tania Giovanna, *op. cit.*, pp. 22, 23 y 24.

⁸⁴⁰ *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

misma, para lo cual, puede celebrar audiencias de cumplimiento, en las que pregunta al Estado las razones por las que no ha atendido la sentencia.⁸⁴¹

Con todo, la Corte no puede recurrir al uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus sentencias, aunque, sí puede acudir a la Asamblea General de la OEA, a fin de presentar un informe anual sobre su labor, en el cual debe indicar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus sentencias.⁸⁴²

4.- Sistema africano de derechos humanos

El sistema africano de protección de derechos humanos surgió en el contexto de la Organización de la Unidad Africana creada en 1963 y reemplazada posteriormente por la Unión Africana, esta última se estableció mediante su Carta constitutiva de julio de 2000, la cual entró en vigor en mayo de 2001, comenzando a funcionar formalmente en julio de 2002 en Sudáfrica.⁸⁴³

Ahora bien, considerando que el continente africano ha sido identificado históricamente como una región en la cual, los derechos humanos de las personas son violados, se tuvo que en el seno de la Carta de la Organización de la Unidad Africana, adoptada por los Estados africanos en 1963, se estableció como uno de sus objetivos el promover la cooperación internacional de acuerdo con los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁸⁴⁴

Con todo, la Carta de la Organización para la Unidad Africana no establecía obligaciones concretas en materia de derechos humanos, por lo que en la década de los setenta, se comenzó a discutir la idea de adoptar un instrumento especial sobre la promoción y defensa de los derechos humanos en el continente africano. Fue años después cuando se logró materializar dicha

⁸⁴¹ Open Society Justice Initiative, *From judgment to justice. Implementing international and regional human rights decisions*, Nueva York, Open Society Foundations, 2010, pp. 80-84 (original no consultado cit por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 83).

⁸⁴² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 160.

⁸⁴³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁴⁴ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

intención, a través de la adopción en junio de 1981, por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, identificada como Carta de Banjul.⁸⁴⁵

La citada Carta Africana entró en vigor en octubre de 1986 y se instituyó como la piedra angular del sistema africano de protección de derechos humanos. En la misma se contempló la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos, así como la ampliación del esquema de protección de derechos humanos.⁸⁴⁶

La creación del sistema africano de derechos humanos tuvo como sustento la tendencia mundial hacia la regionalización de la defensa de los derechos, pues, cabe recordar que al momento de la creación del sistema africano, ya existían los sistemas regionales de protección en Europa y América.⁸⁴⁷

Por lo que hace al proceso de sucesión de la Organización para la Unidad Africana en la Unión Africana, se precisa que una diferencia radical entre la Carta de la Organización para la Unidad Africana de 1963 y el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000, se tuvo que esta última sí consagra obligaciones expresas sobre los derechos humanos, para lo cual, se indica que los Estados parte deben promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos, con base en la Carta Africana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales en la materia. Todavía más, el Acta Constitutiva señala que la Unión Africana puede intervenir en los Estados parte, en casos considerados graves tales como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, en el contexto de dicha Acta Constitutiva, se han generado diversas instituciones como el Consejo de Paz y Seguridad y el Consejo Económico, Social y Cultural.⁸⁴⁸

Instrumentos del sistema africano de derechos humanos:

⁸⁴⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁴⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 330.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 331.

Como se ha indicado, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 es el instrumento esencial del sistema africano de derechos humanos, dicho acuerdo internacional tiene elementos que lo distinguen de los tratados sobre derechos humanos contenidos en otros sistemas regionales. En primer lugar, el tratado omite la tradicional división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, por lo que establece una protección jurídica de los mismos en igual medida y a cargo de los Estados parte, en segundo lugar, la Carta Africana es el primer acuerdo internacional de su tipo, que contempla expresamente la protección de los derechos de los pueblos, en tercer lugar, se señala que las personas, además de derechos, tienen determinados deberes (pago de impuestos, respeto a los padres y el fortalecimiento de los valores africanos).⁸⁴⁹ Finalmente, la Carta autoriza a la Comisión Africana de Derechos Humanos a considerar los desarrollos efectuados por otras instituciones nacionales o internacionales en la materia, al momento de realizar sus funciones.⁸⁵⁰

Entre los derechos humanos civiles y políticos que consagra la Carta se tienen: el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad, a la prohibición de la tortura, a la no discriminación, a un juicio justo, a la libertad de conciencia y de expresión, derecho de reunión, a la propiedad y a la participación política. Por su parte, se reconocen como derechos económicos y sociales los siguientes: derecho al trabajo, a la salud y a la educación. En otro sentido, la Carta Africana consagra derechos de los pueblos, entre los que se encuentran, el disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.⁸⁵¹

Pese al citado reconocimiento de derechos humanos, se destaca que en las disposiciones de la Carta Africana se aceptan cláusulas de reintegración que

⁸⁴⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 98 y 99. Con mucho, el incumplimiento de los deberes no implica la pérdida de los derechos consagrados en la Carta de Banjul. *Cfr.* Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 334.

⁸⁵⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁵¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 123- 125.

menoscaban la protección de los derechos,⁸⁵² por ejemplo, el artículo 10 de dicha Carta establece que toda persona tiene derecho a la libre asociación, siempre y cuando cumpla con la ley. Sobre esto, la Comisión Africana de Derechos Humanos en la comunicación *constitutional rights project vs Nigeria*, señaló que la única razón para limitar los derechos humanos está consagrada en el artículo 27.2 de la Carta Africana (esto es, por afectaciones a los derechos de terceros, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común), por otro lado, indicó que la justificación a la limitación de los derechos debe ser proporcional con la necesidad y ventajas que se busquen, asimismo, que lo más relevante es que limitación no erosione el derecho, de tal manera que lo convierta en una ilusión.⁸⁵³

Además de la Carta de Banjul, en el sistema africano de derechos humanos, se cuenta con otros tratados internacionales que complementan aquella. Por ejemplo, la Carta Africana sobre el Bienestar y los Derechos de los Niños, adoptada en 1990, con fecha de entrada en vigor en 1999, así como el Protocolo sobre la Corte Africana de Derechos Humanos adoptado en 1998, con fecha de entrada en vigor en 2004 y el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África de 2003, con fecha de entrada en vigor en 2005.⁸⁵⁴

Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos:

La Comisión Africana es un órgano técnico con autonomía creado por la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el cual tiene encomendada la función de promover y proteger los derechos humanos en el continente africano.⁸⁵⁵

La Comisión se integra por 11 expertos independientes elegidos por la Asamblea de la Unión Africana (órgano supremo de la Unión) entre las propuestas enviadas por los Estados parte de la Carta Africana de Derechos

⁸⁵² Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁵³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 125-127.

⁸⁵⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁵⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 127.

Humanos.⁸⁵⁶ Dichas personas deberán contar con la mayor reputación en la región y actuar a título personal una vez elegidos.⁸⁵⁷

Las reuniones de la Comisión son dos veces al año, principalmente en marzo o abril y en octubre o noviembre, las sesiones duran aproximadamente 15 días, salvo cuando la carga de trabajo de la Comisión aumenta.⁸⁵⁸ Cabe resaltar que la primera sesión de la Comisión Africana tuvo lugar el 2 de noviembre de 1987 en Etiopía.⁸⁵⁹

Ahora bien, sobre la funciones de la Comisión Africana, la misma realiza acciones muy similares a los órganos de los tratados de la Organización de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque con mayores limitaciones.⁸⁶⁰

En concreto, las principales funciones de la Comisión Africana son: a) examinar los informes periódicos de los Estados sobre la implementación de las disposiciones sobre derechos humanos,⁸⁶¹ b) llevar a cabo visitas a los Estados africanos para observar la situación de los derechos humanos en la región, c) interpretar la Carta Africana de Derechos Humanos a petición de un Estado parte o de una institución de la Unión Africana, d) la recepción e investigación de comunicaciones individuales y estatales sobre violaciones a los derechos humanos,⁸⁶² y e) requerir a los Estados (por iniciativa propia o a petición de parte) adopten medidas provisionales de protección o incluso adoptarlas ella misma, en caso de que exista un riesgo a la vida o integridad de las víctimas.⁸⁶³

⁸⁵⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁵⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 335.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 336

⁸⁵⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 128.

⁸⁶⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁶¹ *Idem*.

⁸⁶² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 128.

⁸⁶³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 110.

Respecto de las anteriores funciones, cabe detenernos en el estudio de las comunicaciones, para lo cual se indica que cualquier persona física, moral o un Estado parte pueden elevar una queja ante la Comisión Africana. En el caso de las comunicaciones estatales, si no se logra una solución amistosa entre los Estados involucrados, la Comisión prepara un informe y recomendaciones, las cuales son enviadas a los Estados involucrados y a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno (En la práctica este procedimiento no se ha utilizado con frecuencia).⁸⁶⁴ Por ello, se ha señalado que la Comisión Africana depende mucho de los órganos políticos de la Unión Africana, a diferencia de otros regímenes de protección de derechos.⁸⁶⁵

Por lo que hace a las comunicaciones presentadas por cualquier persona física o moral, con las que se brinda una oportunidad de participación a las organizaciones no gubernamentales en la protección de derechos humanos, si la Comisión Africana señala que la queja es admisible, procede a notificar al reclamante y al Estado demandado, a fin de que remitan sus comentarios sobre los hechos en cuestión. Una vez analizada toda la información presentada por las partes, la Comisión determina si fue incumplida la Carta Africana de Derechos Humanos, la decisión final de la Comisión establecerá recomendaciones al Estado demandado, asimismo, esbozará las medidas que debe adoptar el mismo para atender la violación de los derechos humanos.⁸⁶⁶

En otro orden de ideas, se precisa que en ambos tipos de comunicaciones (individuales y estatales), si la Comisión Africana identifica que en las mismas se presenta una grave situación de violación derechos humanos, debe informarlo a la Asamblea de la Unión Africana y al Consejo de Paz y Seguridad, los cuales pueden solicitar a la Comisión Africana un estudio detallado del caso.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 128 y 129.

⁸⁶⁵ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁶⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 129.

⁸⁶⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

Finalmente, se resalta que la Comisión puede someter casos de violaciones de derechos humanos a la Corte Africana de Derechos Humanos, cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: a) el Estado demandado en una comunicación ante la Comisión no cumpla con las recomendaciones formuladas por la misma, b) el Estado no adopte las medidas de protección solicitadas por la Comisión, c) cuando la Comisión detecte un caso de violaciones serias y masivas que requieran la participación de la Corte, y d) cuando la Comisión en cualquier etapa del trámite de las comunicaciones, considera necesario enviar el asunto a la Corte Africana.⁸⁶⁸ Por todo ello, se tiene que la principal herramienta de monitoreo de los derechos humanos de la Comisión es la consideración de las quejas individuales o estatales y su posible sometimiento a la Corte Africana.⁸⁶⁹

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:

La intención de establecer una Corte Africana de Derechos Humanos surgió en el año de 1961 en el seno de una reunión de juristas en Lagos, Nigeria, lo cual no se pudo concretar con la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos, pues en la misma sólo se estableció a la Comisión Africana, como institución para la promoción y protección de los derechos humanos.⁸⁷⁰

Bajo este contexto, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas comenzaron una batalla a fin de lograr la creación de una corte de derechos humanos para la región africana, al cabo de cierto tiempo, se consiguió la redacción de un borrador del Protocolo que posteriormente daría vida a la Corte Africana de Derechos Humanos.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp.110 y 111.

⁸⁶⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁷⁰ *Cfr.* Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C, "The creation of a new african court of justice and human rights", en *The african Charter on Human and People's Rights. The system in practice 1986-2006*, segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 406-440 (original no consultado cit por Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 337).

⁸⁷¹ Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C, *op. cit.*, pp. 406-440 (original no consultado cit por Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 337 y 338).

Así, el tribunal africano fue establecido en el Protocolo de la Carta Africana para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en 1998 por los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, el cual entró en vigor en 2004. De esta forma, la Corte fue inaugurada en 2006 por la Asamblea de la Unión Africana.⁸⁷²

Actualmente la Corte Africana opera con base en dicho Protocolo, sin embargo, se precisa que en 2008 fue adoptado el Protocolo sobre el estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, el cual aún no entra en vigor (pues no se han logrado las 15 ratificaciones requeridas para tal fin), según este nuevo protocolo, la actual Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se va fusionar con la Corte Africana de Justicia (la cual nunca llegó a operar porque su protocolo de creación no entró en vigor), dando como resultado un diverso órgano judicial denominado Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.⁸⁷³

La Corte Africana está compuesta de 11 jueces, para lo cual cada Estado parte puede nominar a tres candidatos, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana designa a los jueces mediante votación secreta, la duración del encargo de los jueces es de 6 años y pueden ser reelegidos por una sola ocasión.⁸⁷⁴

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Africana se pueden dividir en tres grupos: a) función consultiva, b) función preventiva y c) función contenciosa. Ello con independencia de las tareas normativas (aprueba sus reglas internas) y administrativas (designar a sus oficiales).⁸⁷⁵

Sobre la función consultiva, se destaca que la Corte puede emitir opiniones consultivas cuando lo solicita un Estado miembro de la Unión Africana, los órganos de la Unión Africana o cualquier organización africana reconocida por la Unión Africana. Las opiniones versan sobre cualquier tema general

⁸⁷² Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 338.

⁸⁷³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁷⁴ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 340.

⁸⁷⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

relacionado con la Carta Africana u otro instrumento en materia de derechos humanos. Las opiniones consultivas no pueden estar conectadas con asuntos que estén siendo estudiados por la Comisión Africana.⁸⁷⁶

Respecto a la función preventiva, la Corte Africana en los asuntos de extrema gravedad y urgencia o cuando sea indispensable evitar un daño irreparable a las personas, puede adoptar medidas provisionales,⁸⁷⁷ previamente a que se dicte la sentencia, todo ello en interés de las partes o de la misma justicia.⁸⁷⁸

Por lo que respecta a la función contenciosa, se tiene que la Corte Africana puede recibir y estudiar los casos concretos sobre violación de derechos humanos relacionados con los Estados que han ratificado el Protocolo a la Carta Africana sobre la creación de la Corte, en concreto, los sujetos legitimados para someter casos a la Cortes son: a) la Comisión Africana, b) los Estados parte del citado Protocolo, c) las organizaciones intergubernamentales africanas, y d) cualquier persona y las organizaciones no gubernamentales (ONG's), siempre y cuando el Estado involucrado ha declarado que acepta dicho procedimiento (se tiene noticia de que hasta 2012 sólo 5 países habían efectuado dicha aceptación).⁸⁷⁹

En torno a las particularidades del procedimiento contencioso ante la Corte Africana, se precisa que una vez presentada la demanda, la Corte determina si tiene o no jurisdicción sobre el asunto, así como la admisibilidad del mismo (i.e: revelar la identidad del solicitante, aunque puede permanecer en el anonimato y ser presentada la queja después de agotar los recursos internos), cabe notar que el procedimiento ante la Corte Africana se lleva de forma escrita y oral.⁸⁸⁰

La etapa escrita consiste en las comunicaciones de las partes o de la Comisión Africana, las defensas, observaciones y réplicas, así como de todos

⁸⁷⁶ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 342 y 343.

⁸⁷⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

⁸⁷⁸ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 347.

⁸⁷⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸⁰ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 346.

los documentos de prueba.⁸⁸¹ Por su parte, la fase oral concretamente implica una audiencia ante la que comparecen ante la Corte las partes, peritos, expertos y testigos de cada parte. Las audiencias de los casos son por regla general públicas, sin embargo, se pueden efectuar en privado cuando la Corte así lo determine o cuando alguna de las partes lo solicite, lo que puede acontecer en protección de la moral general, la seguridad o el orden público.⁸⁸²

Por otro lado, se precisa que la Corte Africana en el procedimiento contencioso puede permitir los *amicus curiae* y, de ser el caso, requerirlos para mejor proveer.⁸⁸³ En concreto, en el contexto de la participación ciudadana en la jurisdicción es importante la figura del *amicus curiae*, ya que amplía los escenarios de participación en el proceso judicial, desde el seno procesal, la figura se instrumenta mediante un escrito que contiene aportes de diversa naturaleza sobre temas específicos de una causa particular y que pueden ser apropiados para la sentencia que se emita, se resalta que la persona que presente el *amicus curiae* deber ser imparcial y no tener algún interés determinado en el sentido de la decisión.⁸⁸⁴

Ahora bien, una vez que se han recolectado la pruebas y celebrado las audiencias sobre el fondo del asunto, la Corte tiene 90 días para emitir su sentencia del caso, en la cual se debe pronunciar sobre la veracidad de los hechos manifestados, así como determinar la responsabilidad del Estado y las reparaciones de daño que resulten pertinentes.⁸⁸⁵

El sentido de la sentencia se determina por la mayoría de los jueces que componen la Corte Africana, en contra de la sentencia no procede ningún tipo

⁸⁸¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 132.

⁸⁸² Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

⁸⁸³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁸⁴ Sancari, Sebastián, "Tensiones, conflictos y desafíos en la labor jurisdiccional de la Corte Suprema", en Bercholc, Jorge O y Sancari, Sebastián (comps), *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aldina Editorial Digital, 2016, p. 93.

⁸⁸⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

de recurso de apelación, desde luego, las sentencias son de naturaleza vinculante para los Estados, los cuales deben cumplirlas en los plazos y términos consagrados en la propia decisión.⁸⁸⁶

A todo esto, si bien no existen medios de apelación contra las sentencias de la Corte Africana, cabe precisar que dicho órgano judicial mantiene su facultad de interpretar sus decisiones, cuando lo soliciten las partes en el plazo de 12 meses después de la notificación de la decisión. Asimismo, existe la posibilidad de que la partes soliciten a la Corte la revisión de la sentencia, en el supuesto de que aparezca una nueva prueba que lo requiera, petición que debe presentarse en el plazo de 6 meses contado a partir de la aparición de la prueba. Con todo, el trámite de solicitud de interpretación o de revisión no suspenden el cumplimiento de la decisión.⁸⁸⁷

Sobre la supervisión y monitoreo del cumplimiento de las sentencias de la Corte Africana, se cuenta con dos mecanismos que contribuyen a ello, por un lado, se tiene que en el informe anual que presenta la Corte a la Asamblea de la Unión Africana, se puede integrar una lista detallada de los Estados que estima la Corte no han cumplido cabalmente con sus sentencias,⁸⁸⁸ por el otro, la supervisión del cumplimiento de las sentencias recae en el Comité Ejecutivo de la Unión Africana en representación de la Asamblea General de dicha organización.⁸⁸⁹

Finalmente, como dato a resaltar de la Corte Africana, se señala que la misma recibió su primer caso contencioso en 2008 y emitió su primera sentencia en 2009, desde esa fecha ha recibido alrededor de 20 casos, por lo que tiene aún mucho camino por recorrer en comparación con sus homologas europea e interamericana.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 348.

⁸⁸⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁸⁸ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁹⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

5.- A modo de reflexión final

Como reflexión final sobre el estudio de los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano), se señala que el mismo resultó fructífero, ya que pudimos identificar los diversos grados de avance de la justicia internacional sobre los derechos humanos, así como comparar cada sistema y ubicar sus áreas de oportunidad, todo lo cual, nos permitió obtener una radiografía completa de la situación actual en torno a la protección internacional de los derechos humanos.

Todavía más, del análisis de los sistemas universal, europeo y africano de derechos humanos, podemos desprender diversas pautas a considerar para mejorar el sistema interamericano de derechos humanos, las cuales pueden operar como un borrador inicial para discusiones futuras a desarrollar en el ámbito práctico y teórico, a fin de perfeccionar el citado esquema de protección regional.

En concreto, se identifican las siguientes pautas, que cabría seguir estudiando con el objeto de lograr una efectiva protección de los derechos humanos en la región interamericana:

- Del sistema universal, se desprende la posibilidad de que los tratados internacionales de la región interamericana cuenten con comités de expertos independientes que supervisen el cumplimiento permanente de los mismos.
- Del sistema europeo, se obtiene la idea de que sí es posible materializar un elevado grado de cumplimiento de las sentencias internacionales, por lo que los países de la región interamericana deberían adoptar una filosofía de cumplimiento de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Del sistema africano, se desprende la circunstancia de que las personas, grupos de personas y las organizaciones no gubernamentales debería acudir directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a defender los derechos humanos, ello, siempre y cuando así lo reconozca el Estado en cuestión o cuando se trate de violaciones serias y masivas a los derechos.

VIII.- Justificación de la elección de los casos prácticos

Previo al análisis de cada uno de los casos internacionales, se debe justificar la elección de los mismos a fin de eliminar la arbitrariedad en su presentación y, consecuentemente, respaldar la objetividad de la presente investigación. Pese a ello, se resalta de nueva cuenta, que siempre se manifiesta cierto nivel de subjetividad en las investigaciones científicas, por ejemplo, desde la misma elección del tema de estudio, lo cual no significa que estemos exentos de respaldar con razones de diversa índole, la elección de los casos que constituirán nuestra muestra de los criterios de corrección en la argumentación desplegada en la justicia internacional.

En otro orden de ideas, se retoma el postulado esbozado al momento de justificar los casos analizados en la justicia constitucional, a saber, que nuestra intención no será generar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica sobre la justicia internacional, a partir del análisis de diversos enunciados particulares (casos prácticos), sino más bien extraer, mediante deducciones específicas, ciertas conclusiones y reflexiones de los casos internacionales estudiados, que puedan ser evaluadas bajo el test de falsación y contrastación de Popper, todo ello, con la intención de verificar científicamente nuestra investigación, dicho ejercicio lo realizaremos en la parte final del presente trabajo académico.

En este sentido, se precisa que se analizarán tres casos prácticos internacionales, surgidos en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (uno por cada Corte), las razones y criterios utilizados que sustentaron la elección de dichos casos fueron los siguientes:

- Se trata de asuntos internacionales recientes, para los fines de esta investigación, la noción de recientes implica casos que hayan sido resueltos dentro de los cinco años anteriores a 2018, así, se tiene que los tres casos a analizar fueron resueltos en 2013, 2016 y 2017, con lo cual se obtendrán

criterios contemporáneos en torno a la evaluación de la argumentación jurídica.

- Se trata de casos que resolvieron las cortes de derechos humanos que conforman la instancia jurisdiccional del sistema europeo, interamericano y africano de protección de derechos humanos, respectivamente, que actualmente se encuentran en operación a nivel internacional, lo anterior, ya que se sabe que en 2013 se creó en el contexto de la Liga Árabe, la Corte Árabe de Derechos Humanos, sin embargo, todavía no ha entrado en funciones como sus homólogas.
- Son casos que analizan temas de debate actual para nuestras sociedades, que necesitan ser atendidos y desarrollados aún por otras cortes constitucionales y por los propios operadores jurídicos, como lo son el derecho a recibir y obtener información mediante internet para las personas en situación de reclusión, el acceso a una pensión de sobrevivencia (que incluye el derecho a la salud) para las parejas homosexuales y el derecho al sufragio pasivo mediante candidaturas independientes.
- Se trata de casos que abordan un enfoque diferente y novedoso en torno a las tensiones que se presentan cotidianamente en las cortes constitucionales, así en los asuntos a estudiar, se exponen colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en sentido estricto (pues los derechos humanos en sentido amplio también pueden entenderse como principios del Estado constitucional), de esta forma, en los tres casos internacionales, se identificarán tensiones poco usuales como, por ejemplo, la surgida entre el derecho a recibir y obtener información vía internet con el principio de prevención del delito y seguridad pública o la colisión entre el derecho de acceso a una pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo con el principio de legalidad.
- Son asuntos internacionales que presentan criterios de evaluación de la argumentación compatibles y, en algunos, casos idénticos, con lo cual se pone de manifiesto la preferencia que tuvieron los jueces con ciertas teorías de la argumentación jurídica, como la del autor Alexy, así, en concreto, se

observará que el subprincipio de necesidad expuesto por dicho autor, está presente en las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

- Se trata de casos que recurren y aplican el método comparativo para respaldar la argumentación esgrimida, este es, no sólo se conforman con recurrir a razones de tipo nacional, sino que asumen una postura abierta a otros escenarios posibles, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, lo cual se aprecia adecuado para la mejor toma de decisiones en el contexto de los derechos humanos.
- Son casos que pueden ser analizados en el ámbito académico, ya que desarrollan una argumentación ordenada y de fácil comprensión, sin recurrir a formalismos excesivos e inútiles, todo lo cual, contribuye a que las mismas puedan ser utilizadas como modelos para la enseñanza de la argumentación jurídica, mediante el método de estudio de casos prácticos. De ahí que por ejemplo, algunas de las sentencias a estudiar (la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) han sido presentadas en investigaciones académicas recientes.
- Se trata de casos prácticos que recurren a una argumentación de corte extensiva, esto es, a un esquema de justificación complejo que esboza razones de diversa índole y naturaleza, las cuales buscan respaldar de mejor forma el sentido de la decisión adoptada por los jueces internacionales.

Con base en dichas razones, se tiene que los casos prácticos internacionales a estudiar fueron elegidos de forma objetiva, a través de criterios y parámetros específicos, por lo que la muestra de casos ha sido detenidamente justificada, tal como lo exigen las reglas metodológicas y científicas respecto a la presentación de muestras empíricas concretas.

Con mucho, se precisa que la muestra de casos internacionales es muy limitada (sólo se analizan tres asuntos), derivado de lo cual, se reitera que nuestro objetivo no será crear una teoría de alcance general sobre los criterios de evaluación de la argumentación, sino más bien dar algunas bases y elementos concretos que contribuyan al desarrollo de la argumentación

jurídica, lo cual será menos pretencioso pero más realista, pues del estudio de tres casos prácticos internacionales no se puede derivar una teoría general de la argumentación. Con todo, la idea central es propiciar la comprensión, desarrollo y mejora de la toma de decisiones judiciales en el seno nacional, lo que reviste utilidad para el contexto de la práctica argumentativa contemporánea. Pues bien, estudiemos cada uno de los casos prácticos resueltos por las tres cortes regionales de derechos humanos (europea, interamericana y africana), a ver a dónde nos conduce esta parte de la investigación.

IX.- Análisis del caso Jankovskis vs Lituania “acceso a internet en prisión” ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Aplicación núm. 21575/08)

1.- Descripción del caso

Para comenzar, se tiene que el señor Henrikas Jankovskis presentó una reclamación en contra de la República de Lituania ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 7 de enero de 2008, en la cual alegó que se le había violado su derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos), derivado de la negativa a acceder a internet en prisión.⁸⁹¹

Las circunstancias y antecedentes del asunto en cuestión, se pueden resumir en los siguientes puntos:

- El señor Henrikas Jankovskis se encuentra cumpliendo una sentencia en la correccional de Pravieniškės. El 30 de mayo de 2006 escribió una carta al Ministerio de Educación y Ciencia de Lituania, en la que preguntaba sobre información referente a la posibilidad de inscribirse en la universidad. Para ello, mencionó que era graduado de la Facultad de Medicina de la Universidad de Vilnius y que deseaba continuar sus estudios a distancia para adquirir un segundo grado académico en derecho con especialización en

⁸⁹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jankovskis v. Lithuania*, (Application no. 21575/08), Sentencia del 17 de enero de 2017, p. 1, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170354>, página consultada el 4 de diciembre de 2017 (Traducción propia).

derechos humanos. Asimismo, refirió que era prisionero, por lo cual no podría atender físicamente las clases.⁸⁹²

- En una carta del 12 de junio de 2006 enviada al peticionario en la correccional de Pravieniškės, el Ministerio de Educación y Ciencia señaló que la información sobre los programas de estudios podría encontrarse en el página web: www.aikos.smm.lt. Asimismo, refirió que dicha página pertenecía al mismo Ministerio de Educación y Ciencia y que era administrada por una entidad pública denominada Centro para la Información y Tecnologías de la Educación.⁸⁹³
- El 28 de junio de 2006 el solicitante le envió una carta a las autoridades correccionales de Pravieniškės, relacionada con la respuesta emitida por el Ministerio de Educación, por medio de la cual les preguntó sobre el otorgamiento de una concesión para que accediera a una página web que contenía información sobre estudios del Ministerio de Educación, así como a sus cuentas de correo.⁸⁹⁴
- El 1 de julio de 2006 el gobernador de la correccional de Pravieniškės contestó la petición señalando que la respuesta del Ministerio de Educación no era comprensible, pues no consideraba la situación particular del solicitante, el cual se encontraba en prisión. Asimismo, notificó al peticionario que el requerimiento sobre tener acceso a internet no podía ser concedido porque al momento ninguna legislación permitía a los prisioneros el uso de internet o tener una cuenta de correo electrónico, por lo que las autoridades de la prisión eran incapaces de atender el requerimiento del prisionero.⁸⁹⁵
- El reclamante presentó una queja ante el Departamento de Prisiones, argumentando que ninguna legislación prohíbe el que pueda obtener información de una institución del Estado a través de medios electrónicos, para lo cual refirió la respuesta del Ministerio de Educación y requirió el

⁸⁹² *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁸⁹³ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 3.

acceso a internet. El 26 de julio de 2006 el Departamento de Prisiones respondió que los instrumentos legales que regulan la ejecución de las sentencias no permiten a los prisioneros el acceso y uso de internet, por lo que sugirió que el prisionero volviera a preguntarle al Ministerio de Educación sobre la obtención de la información que necesitaba.⁸⁹⁶

- El 1 de agosto de 2006 el prisionero inició procesos ante la corte, señalando las respuestas que había obtenido del Ministerio de Educación y las decisiones de las autoridades de la correccional de Pravieniškės de no darle acceso a internet.⁸⁹⁷
- En la respuesta emitida a la corte por parte de la correccional de Pravieniškės, se señaló que el uso de teléfonos celulares estaba prohibido en las prisiones, a fin de que los prisioneros no puedan continuar con sus actividades criminales cuando estén cumpliendo sus sentencias. De acuerdo con las autoridades de la correccional, un número de estafadores habían defraudado a la gente con grandes cantidades de dinero con la ayuda de los teléfonos celulares, por lo que si los prisioneros tuvieran el derecho de usar internet, podrían continuar con sus actos criminales y coordinar las actividades de las organizaciones criminales.⁸⁹⁸
- El Departamento de Prisiones también requirió a la corte desestimar la demanda del prisionero, argumentando que aunque el artículo 96 del Código de Ejecución de Sentencias permite a los sentenciados usar computadoras, ello no implica que tengan derecho al uso de internet. Así, en su opinión no existe derecho conforme a la ley lituana para que un prisionero sea proveído de acceso a internet.⁸⁹⁹
- El 2 de febrero de 2007 la Corte Regional Administrativa de Kaunas desestimó la queja del prisionero, para lo cual analizando la regulación aplicable a los prisioneros, señaló que los reclusos pueden comunicarse con

⁸⁹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹⁷ *Idem.*

⁸⁹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, p. 4.

las instituciones estatales por correo postal y que sus cartas deben enviarse por conducto de las autoridades de la prisión. Asimismo, aludió que el acceso a internet de los prisioneros no es compatible con las normas jurídicas que les resultan aplicables. Por otro lado, precisó que de las prohibiciones existentes sobre teléfonos y radios de comunicación en prisión es obvio que dicha prohibición incluye el internet, las cuales tienen como objetivo prevenir la comisión de crímenes en prisión.⁹⁰⁰

- El peticionario apeló la decisión e interpretación de la corte de primera instancia, para lo cual argumentó que dicha corte había ignorado el hecho de que el núcleo de su reclamación fue la restricción de su derecho a la educación y a obtener información, de cara al artículo 25 de la Constitución y a los artículos 10 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁹⁰¹
- Las autoridades de la correccional de Pravieniškės contestaron la apelación, señalando que existía una secundaria en la prisión donde los estudiantes tenían acceso a toda la literatura necesaria para sus estudios, por lo que la ausencia de acceso a internet en la prisión, no tenía un impacto en la calidad de los estudios.⁹⁰²
- El 11 de diciembre de 2007 la Suprema Corte Administrativa desestimó la queja del solicitante, para lo cual aludió que el internet provee una variedad de oportunidades para usar el correo electrónico, obtener información, descargar archivos y vender o comprar cosas. Así, el mismo puede ser usado más allá de propósitos educativos, sin embargo, el derecho de usar internet no es absoluto, por lo que puede ser restringido para ciertos grupos sociales. De esta forma, para la corte no existen provisiones legales en Lituania que permitan a los prisioneros el uso de internet, además, el derecho de los mismos de tener computadoras no debe ser interpretado ampliamente a fin de incluir el derecho de acceso a internet. La Suprema Corte Administrativa ha notado que si los prisioneros tuvieran acceso a

⁹⁰⁰ *Idem.*

⁹⁰¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁰² *Idem.*

internet, las autoridades de la prisión podrían ver obstaculizada su lucha contra el crimen, al estar imposibilitadas para monitorear completamente las actividades de los prisioneros.⁹⁰³

2.- Derechos humanos en colisión

En el caso en estudio se observa una interesante tensión entre diversos bienes jurídicos que comportan una protección convencional, en concreto, se trata de una tensión entre un derecho humano y un principio convencional⁹⁰⁴ que no necesariamente implica un derecho humano, aunque sí se conecta con ciertos derechos humanos.

De esta forma, los derechos humanos y principios convencionales en tensión son los siguientes:

El derecho a recibir y obtener información del prisionero, el cual deriva del derecho de libertad de expresión, mismo que está reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio, es decir, el mismo incluiría el propio derecho de acceso a internet para obtener la información, como lo veremos al analizar la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el tema en cuestión.

Asimismo, se tendría el derecho a la igualdad del prisionero, que se representa con la idea de prohibición de discriminación por cualquier situación como podría ser el estar privado de la libertad por la comisión de algún delito, principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁹⁰³ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹⁰⁴ Hemos decidido llamar principio convencional a ciertos parámetros de interés general que se reconocen en la Convención Europea de Derechos Humanos, los cuales si bien no representan algún derecho humano en concreto, si surgen para lograr la mejor protección de los derechos humanos o, por paradójico que parezca, para restringirlos, entre los principios convencionales se identifican, los siguientes: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, imparcialidad del poder judicial, entre muchos otros más. Véase artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, página consultada el 4 de diciembre de 2017.

Dichos derechos humanos estarían en tensión con el principio convencional de prevención del delito y de seguridad pública, reconocidos en el mismo artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como posibilidad de restricción a la libertad de expresión y sus dimensiones (derecho a recibir información a través de internet), así como con el principio convencional de la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, consagrados en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Lo anterior, ya que en estricto sentido, el derecho de acceso a internet a favor de los reclusos podría, en ciertos casos, representar una herramienta útil para la comisión de delitos informáticos o de otra índole, afectando así la seguridad pública. Aunque, se aclara, no en todos los casos se debe asumir una posición fatalista en torno al acceso a internet en las cárceles, como veremos más adelante al estudiar la argumentación desplegada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Pues bien, como se aprecia, el caso en estudio representa la idea de asuntos paradigmáticos, los cuales involucran una tensión compleja entre derechos humanos, o entre derechos y otros principios convencionales. Analicemos entonces la argumentación asumida por la Corte Europea para sustentar su decisión.

3.- Argumentación y sentencia

Para empezar, se precisa que la Corte Europea inicia su análisis identificando el derecho doméstico relevante aplicable al caso, por ejemplo, la Constitución de Lituania y el Código de Ejecución de Sentencias, asimismo, alude a los instrumentos internacionales relevantes al caso, en concreto, hace alusión a documentos jurídicos internacionales concernientes al rol del internet en conexión con el derecho a recibir información, como la sentencia del caso *Kalda vs Estonia* de 2016.⁹⁰⁵

⁹⁰⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 6-9.

Después de presentar el aparato jurídico nacional e internacional aplicable, los jueces de la Corte Europea describieron las consideraciones asumidas por cada una de las partes.

Por lo que hace al quejoso, el mismo estimó que las restricciones a los presos para usar internet no están previstas en la ley de forma expresa, pues el Código de Ejecución de Sentencias sólo prohíbe explícitamente a los prisioneros tener teléfonos y otros medios de comunicación como radios, pero no se señala en concreto limitaciones al acceso a internet, sino sólo se infieren tales restricciones por parte del gobierno.⁹⁰⁶

En otro sentido, el quejoso destaca que en su caso, la restricción al uso de internet en la prisión no tiene una conexión con el objetivo de prevenir crímenes, pues, él solicita acceso a internet sólo para la página web indicada por el Ministerio de Educación, a fin de obtener información sobre programas de estudio a distancia en Lituania. Asimismo, considera que la prohibición no es proporcional, pues dicho Ministerio le ha dicho que toda la información sobre los programas de educación están disponibles en una página web del gobierno, así alude que un número de Estados permiten, de forma limitada, el acceso a internet para fines educativos, lo que demuestra que la restricción absoluta que existe en Lituania es desproporcionada.⁹⁰⁷

Por lo que respecta al gobierno, el mismo manifestó que la reclamación del quejoso es inadmisibles, ya que no sufrió una significativa afectación porque el quejoso ha atendido ciertos cursos en la correccional de Pravieniškės, por otro lado, respalda la decisión de la corte, en torno a que las obligaciones positivas del Estado conforme al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no pueden interpretarse como un requerimiento para proveer una forma particular de acceso a la información por parte de los prisioneros.⁹⁰⁸

En el mismo sentido, el gobierno entiende que la prohibición de acceso a internet en prisión busca prevenir crímenes, así entiende que dar acceso a

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁹⁰⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 11

internet puede ser usado como un medio de comunicación similar a otros objetos prohibidos, por ejemplo, teléfonos móviles, los cuales algunas veces los prisioneros usan ilegalmente dentro de la prisión, a fin de cometer nuevos delitos, concretamente, fraude telefónico o para influir a que otros participen en actividades delictivas.⁹⁰⁹

Asimismo, la autoridad señala que la interferencia a los derechos del prisionero es necesaria y proporcional, como lo notó la Suprema Corte Administrativa, el abanico de oportunidades ofrecidas por internet puede constituir una amenaza para los derechos de otras personas. Sobre esto, se requiere un gran esfuerzo de las autoridades de la prisión para prevenir cualquier potencial acto ilegal. Así, se estableció que internet es una manera de recibir información, por lo que los prisioneros pueden ejercer dicho derecho, de forma efectiva por otros medios como la correspondencia postal a través de las autoridades de la prisión. En el presente caso, la información referente a la admisión a escuelas es difundida en la prensa y en publicaciones especiales, las cuales pueden ser comunicadas por los familiares del quejoso.⁹¹⁰

Una vez identificadas las consideraciones hechas valer por las partes, los jueces de la Corte Europea, se dieron a la tarea de analizar la admisibilidad del asunto, para lo cual estimaron, entre muchas otras cosas, que la queja se refería al derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en concreto, determinaron que la reclamación del quejoso era admisible.⁹¹¹

Después de superar la etapa de admisibilidad de la reclamación, la Corte Europea entró al estudio del fondo del asunto, lo que implicó analizar los méritos de la queja, para lo cual dividió su razonamiento en dos etapas, por un lado, para identificar la existencia de una interferencia, por el otro, para saber si

⁹⁰⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁹¹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

la interferencia era justificada.⁹¹² Veamos pues, la argumentación emitida por dicha Corte en el asunto que se comenta.

Sobre la existencia de una interferencia, la Corte precisó que el público tiene un derecho a recibir información sobre intereses generales, todavía más, destacó que la misma ha sostenido que dicho derecho prohíbe al gobierno prevenir a una persona de la recepción de información que otros desean o están en posibilidad de impartir.⁹¹³

Aún más, para la Corte, en el caso en análisis, la cuestión a considerar no era la negativa de las autoridades para atender la solicitud de información, sino más bien el punto a dilucidar, se relacionaba con la forma en que se solicitó el acceso a la información, esto es, vía internet y derivado de un pedimento de un prisionero. En este sentido, la Corte reiteró que a la luz de su accesibilidad y capacidad para almacenar y comunicar una vasta cantidad de información, el internet juega un importante rol en la expansión del acceso público a las noticias y facilita la diseminación de la información en general.⁹¹⁴

Pese a ello, la Corte advirtió que una prisión inevitablemente comporta diversas restricciones para las comunicaciones de los prisioneros en comparación con el mundo exterior, en donde se incluye las habilidades para recibir información. Así, el artículo 10 de la Convención Europea no puede ser interpretado en el sentido de que imponga una obligación general de acceso a internet, o de acceso a específicos sitios de internet para los prisioneros.⁹¹⁵

Sin embargo, en las circunstancias del caso, desde que el acceso a la información relacionada con la educación está garantizado bajo el derecho de Lituania, la Corte acepta que la restricción de acceso al sitio de internet que el Ministerio de Educación señala en contestación a la solicitud del quejoso sobre

⁹¹² *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁹¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 13.

⁹¹⁴ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁹¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 14.

programas educativos, constituye una interferencia con el derecho a recibir información.⁹¹⁶

Por otra parte, respecto de la justificación de la interferencia, la Corte dividió su argumentación en tres partes, a saber: a) si la interferencia estaba prescrita en una ley, b) si la interferencia persiguió un objetivo legítimo y c) si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática.

Sobre si la interferencia estaba prescrita en una ley, la Corte reconoció que en 2006, cuando el quejoso solicitó acceso a internet en la cárcel, no existía una prohibición expresa para el uso de internet en las prisiones. La prohibición sobre *otras formas de comunicación electrónica*, dentro de las cuales pueden ser comprendidas también las formas de acceso a internet, fueron incluidas en marzo de 2010 en el anexo 1 del Código de Ejecución de Sentencias. Sea como fuera, la Corte identificó que en 2006 diversas normas y leyes domésticas establecían una prohibición concreta para prisioneros respecto de teléfonos móviles y radios de comunicación, por lo que no era irracional sostener que todas esas prohibiciones podrían ser eludidas si los reclusos tuvieran acceso a internet.⁹¹⁷

Por todo lo anterior, la Corte no consideró que el quejoso fuera dejado sin una indicación respecto a que existía una prohibición para el uso de internet en prisión, derivado de lo cual, concluyó que la prohibición a los presos sobre el uso de internet en la cárcel estaba prescrita por una ley dentro del contexto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁹¹⁸

Ahora bien, por lo que hace a si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, la Corte aceptó el argumento de la autoridad sobre que la interferencia en cuestión, buscó cumplir con el objetivo de proteger los derechos de otras personas y prevenir el desorden y la comisión de delitos. Todavía más, la Corte reconoció que las cortes nacionales debían identificar la situación prevaleciente

⁹¹⁶ *Idem*.

⁹¹⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

en el Estado, en la que un número de estafadores telefónicos de las prisiones habían defraudado a personas con grandes cantidades de dinero.⁹¹⁹

En otro orden de ideas, sobre si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática, los jueces internacionales advirtieron, en primer lugar, que el sitio de internet al que el quejoso quería tener acceso contenía información acerca de aprendizaje y programas estudios en Lituania, por ejemplo, sobre los requisitos de ingreso a una escuela, así como información sobre ofertas de trabajo para desempleados. Así, para la Corte no era irracional sostener que dicha información era directamente relevante para los intereses educativos del quejoso, lo que a su vez era importante para su rehabilitación y subsecuente reintegración a la sociedad.⁹²⁰

Adicionalmente, la Corte estimó que las decisiones de las autoridades de Lituania, se centraron en las prohibiciones legales para el acceso a internet de los prisioneros, en lugar de examinar el argumento del quejoso respecto a la necesidad de poder acceder a una página web específica para su educación.⁹²¹

En sentido similar, los jueces internacionales observaron que las autoridades de la prisión y las cortes locales de Lituania, no fueron tan lejos incluso para discutir que el extendido acceso a internet puede implicar costos adicionales para el Estado, así no consideraron el hecho de que el quejoso requirió acceso a una página web creada y administrada por el Ministerio de Educación, el cual es una institución del Estado.⁹²²

A todo esto, los jueces de la Corte europea fueron conscientes de la circunstancia de que en varias recomendaciones del Consejo de Europa y en otros instrumentos internacionales, el servicio público de internet tiene un valor e importancia para el disfrute de un rango de derechos humanos reconocidos, en concreto, el acceso a internet ha sido ampliamente entendido como un

⁹¹⁹ *Idem.*

⁹²⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 15.

⁹²¹ *Ibidem*, p. 16.

⁹²² *Idem.*

derecho, por lo cual se ha llamado a un desarrollo efectivo de las políticas, a fin de lograr un acceso universal a internet y superar la brecha digital.⁹²³

De esta manera, la Corte consideró que tal desarrollo refleja el importante rol que juega internet en la vida diaria de las personas, en particular, desde que cierta información está disponible exclusivamente en internet. De hecho, en el caso que se estudia, la página web a la que deseaba ingresar el quejoso, provee comprensiva información sobre diversas opciones de estudio en Lituania, así las autoridades de dicho país, no consideraron una posibilidad de dar una concesión limitada o controlada de acceso a internet al quejoso, a fin de que pudiera ingresar a un sitio particular administrado por una institución estatal, lo cual no representaba ningún riesgo de seguridad.⁹²⁴

Por todo lo anterior, para los jueces internacionales no existieron suficientes razones expuestas para justificar la interferencia al derecho de recibir información del quejoso, aún más, la objeción del gobierno de que el quejoso no sufrió significativas desventajas con la restricción, debe ser desestimada, de esta forma, la Corte concluyó su argumentación señalando que la interferencia con el derecho del quejoso de recibir información, en las específicas circunstancias del caso, no puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática, por lo que determinó que sí hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁹²⁵

Con base en dichas razones, por unanimidad los jueces de la Corte de Estrasburgo decidieron lo siguiente: a) rechazar los méritos de las objeciones del gobierno respecto a que el quejoso no sufrió una significativa desventaja en sus derechos, b) declarar la demanda sobre el derecho a recibir información como admisible, c) sostener que hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y d) sostener que la identificación

⁹²³ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 16.

⁹²⁴ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁹²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 17.

de la violación constituye por sí misma una justa y suficiente satisfacción por el daño no pecuniario aludido por el quejoso.⁹²⁶

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Como se pudo observar a lo largo de la argumentación desplegada en el caso “acceso a internet en prisión”, sí existieron algunos criterios de evaluación de la misma, por lo que se puede asumir que el estudio de dicho asunto judicial contribuye al desarrollo de nuestra investigación, esencialmente, por dos motivos, por un lado, porque confirma el estatus actual en México y otros países latinoamericano en torno a la preferencia de la teoría de la argumentación de Alexy para justificar las decisiones (recuérdese el esquema argumentativo utilizado por nuestro Máximo Tribunal en el caso “uso lúdico de la marihuana”), por el otro, porque resalta nuevos criterios para la toma de decisiones en casos consideras paradigmáticos.

Ahora bien, sin desconocer la falta de justificación en la elección de los criterios de evaluación en el caso en comento (lo cual ya representa un problema en la decisión), a modo de resumen se decantan los siguientes parámetros de evaluación utilizados en el mismo:

- De los fines legítimos.
- De necesidad.
- Económico.

Como se aprecia, los criterios de evaluación de la argumentación sin limitados, en comparación con otros casos, como los analizados a lo largo de la presente investigación, sin embargo, cabe indicar que los mismos fueron contundentes para respaldar el sentido de la decisión, repasemos pues las implicaciones de cada uno de los parámetros que sirvieron de sustento de la sentencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo.

Sobre el criterio de los fines legítimos, se observa que el mismo deviene de las ideas plasmadas por Robert Alexy en su teoría de la argumentación jurídica, en el caso concreto, los jueces internacionales estudiaron el alcance de la

⁹²⁶ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

interferencia al derecho de los presos de recibir información a través de internet, para lo cual concluyeron que la afectación del derecho de acceso a internet, consecuentemente, de recibir información, sí perseguía un fin legítimo que debía ser protegido por la autoridad, esto es, la prevención del delito y del desorden social. Derivado de lo cual, estaba justificada la afectación a dicho derecho humano, al menos, bajo este parámetro de la argumentación.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, se observa que también se sustentó en el pensamiento de Alexy, aunque, tuvo ciertas variaciones en su aplicación, pues los jueces internacionales no efectuaron un análisis profundo en torno a la búsqueda de otras medidas menos dañinas del derecho a recibir información (como lo exige esta grada de test de Alexy). En particular, con el mismo la Corte Europea se preguntó si la vulneración a dicho derecho era necesaria en una sociedad democrática, por lo cual identificó que el quejoso deseaba acceder a una página web con contenido educativo, lo que era relevante para su rehabilitación social. Aún más, como se recordará para los jueces internacionales el acceso a internet es un derecho humano, por lo que se debe buscar que todas las personas tengan acceso al mismo, a fin de eliminar la brecha digital existente.

Con base en dichas consideraciones, para el Tribunal de Estrasburgo las autoridades responsables fallaron en considerar como medida alterna (menos gravosa), la posibilidad de dar acceso a internet de forma controlada al quejoso, lo cual conllevaría que sólo pudiera ingresar a una página web que contenía información educativa y opciones de estudios operada por una institución pública, lo que en esencia no implicaba un riesgo para el orden público o seguridad de las personas. Por ello, se concluyó que no se cumplió con el criterio de necesidad, de esta manera, para la Corte Europea la afectación al derecho de recibir información del reclamante no pudo ser estimada como necesaria en una sociedad democrática del ámbito actual.

Bajo este sendero, se aprecia que el criterio de necesidad fue determinante para el sentido de la decisión, ya que al no poderse acreditar, se determinó que las autoridades locales no habían respaldado adecuadamente sus decisiones

sobre afectar el derecho de recibir información vía internet por parte del quejoso.

Finalmente, en torno al criterio económico, se tiene que la Corte Europea lo utilizó para resaltar que las autoridades locales de Lituania no realizaron un examen exhaustivo de la causa de la queja, ya que no discutieron el hecho de que el mantenimiento de la información educativa en la página web a la que el quejoso desea acceder, representaba un costo para el Estado, pues la misma era mantenida y operada por un ente público, por lo cual, se interpreta, aunque no lo indicara así expresamente el Tribunal, que el negarle el acceso a dicha página de internet al recluso, se estarían desaprovechando los recursos invertidos por el Estado para la difusión de información educativa en Lituania vía internet.

Con base en los tres criterios de evaluación de la argumentación operados por la Corte Europea en su conjunto, se puede asumir que el sentido de la sentencia de dicha Corte fue correcto y adecuado, ya que pudo justificar que la afectación al derecho de recibir información (vía internet) no era necesaria en una sociedad democrática, así, al no haber logrado acreditar todas las gradas del test aplicado, se asume que efectivamente era injustificada la afectación a dicho derecho, por lo que se debía restituir al quejoso en sus derechos.

En síntesis, se resalta que a pesar de que en la aplicación del test de proporcionalidad de Alexy, la decisión sí logró acreditar que la interferencia perseguía un fin legítimo, se tuvo que no superó el criterio de necesidad, ni el de economía (el cual no surgió en la teoría de la argumentación de Alexy), por lo que la sentencia debía ordenar dejar sin efectos las determinaciones de las autoridades locales, mismas que habían establecido como correcto el postulado de afectar el derecho de recibir información a través de internet por parte de los reclusos.

X.- Análisis del caso Duque vs Colombia “acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1.- Descripción del caso

Para tener una radiografía completa del caso en estudio, en el presente apartado se expondrán todas las cuestiones fácticas y de derecho que generó el asunto en análisis, se aclara que para la presentación de tales cuestiones se seguirá, en cierta medida, el esquema propuesto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH),⁹²⁷ así se tienen las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

- El señor Ángel Alberto Duque (quejoso) y el señor J.O.J.G fueron pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, cuando este último falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida que padecía, cabe hacer notar que el señor Duque es portador de la infección por VIH, por lo que se encontraba recibiendo un tratamiento antirretroviral al momento de la muerte de su pareja, el cual no debía suspenderse, pues podría implicar un riesgo para su vida.⁹²⁸
- El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS, S.A) a consecuencia de su muerte, el señor Duque solicitó el 19 de marzo de 2002 a dicha compañía le precisara los requisitos para tramitar la pensión de sobrevivencia de su pareja.⁹²⁹

⁹²⁷ Sobre esto, se precisa que la CoIDH presentó los hechos del asunto bajo los siguientes rubros: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c) acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Duque vs Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C, núm. 310, p. 20, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, página consultada el 10 de diciembre de 2017.

⁹²⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 21.

⁹²⁹ *Idem.*

- El 3 de abril de 2002, COLFONDOS atendió la solicitud del señor Duque señalándole que no tenía el carácter de beneficiario, de conformidad con la Ley 100 de 1993, pues la misma se entiende, derivado de una norma reglamentaria, en el contexto de la unión entre un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo, por lo que el solicitante no podría acceder a la pensión de sobrevivencia.⁹³⁰
- Derivado de la respuesta negativa de COLFONDOS, el 26 de abril de 2002 el señor Duque presentó una acción de tutela solicitando acceso a la pensión a su favor, para lo cual, señaló que había sido pareja del señor J.O.J.G, que no tenía ingresos propios, que vivía con VIH, que estaba bajo un tratamiento antirretroviral, el cual no debía suspenderse y que al tener acceso a la pensión de sobreviviente, contaría con los medicamentos y la atención médica que su condición requería.⁹³¹
- El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil de Bogotá negó la tutela promovida, para lo cual argumentó que el quejoso no reunía los requisitos de ley para recibir la pensión de supervivencia, así como que ninguna jurisprudencia ha reconocido tal derecho a las parejas de homosexuales, por lo que no era procedente inaplicar la ley que regulaba la pensión de supervivencia, ni conceder el amparo solicitado.⁹³²
- La sentencia que negó la tutela fue impugnada por el quejoso, sin embargo, el Juzgado Doce Civil de Bogotá confirmó la negativa mediante resolución del 19 de julio de 2002. Para sustentar su determinación el juzgado señaló que no se vislumbró una violación de los derechos constitucionales del quejoso, ya que se buscó obtener un amparo para la protección de derechos patrimoniales y prestaciones sociales, que no son objeto del mismo, pues tales derechos tienen su fuente inmediata en la ley.⁹³³

⁹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

⁹³¹ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 24.

⁹³³ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

- El 26 de agosto de 2002 el caso de tutela fue radicado en la Corte Constitucional de Colombia pero no fue elegido para su estudio y revisión.⁹³⁴
- El 8 de febrero de 2005 se presentó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti en representación del señor Duque.⁹³⁵
- Cabe indicar que durante el trámite internacional de la citada petición, en el ámbito nacional, a partir de 2007, la Corte Constitucional colombiana comenzó a reconocer a las parejas del mismo sexo ciertos derechos como el de pensión, seguro social y propiedad, aún más, en 2008 dicha Corte determinó en la sentencia C-336 que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Por otro lado, a partir de 2010 la Corte Constitucional de Colombia precisó en varias sentencias, que en el supuesto de que un miembro de una pareja del mismo sexo, hubiese muerto antes de la sentencia C-336 de 2008, ello no implicaría que a su pareja se le deba negar la pensión de sobrevivencia.⁹³⁶
- De regreso al proceso internacional, se señala que el 2 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de admisibilidad del caso, en el cual declaró la admisión de la petición por la probable afectación de los derechos reconocidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 del Pacto de San José (derecho a la integridad personal, de garantía y protección judicial e igualdad ante la ley).⁹³⁷
- El 2 de abril de 2014, dicha Comisión Interamericana emitió su informe de fondo del caso, en el mismo estableció ciertas conclusiones y recomendaciones para el Estado colombiano. En concreto, concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos de Ángel Alberto Duque a la integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, de igualdad y no discriminación. Por otro lado, la Comisión recomendó al

⁹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 25.

⁹³⁵ *Ibidem*, p. 4

⁹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 25.

⁹³⁷ *Ibidem*, p. 4.

Estado colombiano lo siguiente: a) reparar al señor Duque por las violaciones a sus derechos humanos, lo que implicaría el otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, una justa compensación y el acceso ininterrumpido a los servicios de salud, b) garantizar la no repetición de los hechos, y c) adoptar medidas para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en el ámbito de los servicios de seguridad social.⁹³⁸

- El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la CoIDH, a fin de obtener justicia para el señor Duque, para lo cual refirió que el Estado colombiano en sus informes respectivos, no presentó una propuesta particular de reparación integral a favor de la víctima, asimismo, que no reconoció la existencia de un ilícito internacional.⁹³⁹
- El envío del caso por parte de la Comisión Interamericana fue notificado al Estado y a los representantes de la posible víctima el 11 de noviembre de 2014 por la CoIDH. El 12 de enero de 2015 los representantes del señor Duque presentaron vía correo electrónico su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la CoIDH.⁹⁴⁰
- El 1 de abril de 2015 el Estado demandado presentó vía correo electrónico ante la CoIDH su escrito de contestación y de excepciones preliminares.⁹⁴¹
- El 1 de junio de 2014, los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana enviaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado demandado, para lo cual pidieron a la CoIDH que fueran rechazadas.⁹⁴²

⁹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹³⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴¹ *Idem*.

⁹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 6.

- El 25 de agosto de 2015 fue celebrada una audiencia pública, en la misma se recibieron las declaraciones del señor Duque y de los peritos de las partes, así como las observaciones y alegatos finales orales de las partes.⁹⁴³
- El 25 de septiembre de 2015 los representantes de la presenta víctima y el Estado demandado enviaron sus respectivos alegatos finales escritos, asimismo, la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas del caso.⁹⁴⁴
- La ColDH comenzó en análisis y deliberación de la sentencia que se comenta el 25 de febrero de 2016.⁹⁴⁵

Pues bien, una vez detallado el origen del caso y las etapas jurídicas por las cuales atravesó para llegar a la ColDH, en adelante se precisarán los derechos humanos en tensión que se manifestaron en el asunto en estudio.

2.- Derechos humanos en colisión

Del estudio del caso en cuestión se desprende una colisión interesante entre derechos humanos y principios del Estado constitucional de derecho, la cual si bien no fue planteada expresamente por los jueces interamericanos, si resulta visible de las consideraciones y hechos del asunto, en concreto, se observa una tensión entre los siguientes derechos humanos y principios:

Por un lado, se tiene el derecho humano a la igualdad y no discriminación del señor Duque, reconocido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el mismo no pudo acceder a la pensión de sobreviviente, derivado de su orientación sexual que lo llevó a tener como pareja una persona del mismo sexo, la cual no era posible obtener, bajo las leyes vigentes de la época en que solicitó la misma.

Asimismo, a pesar de que la ColDH no los reconoció, como vemos más adelante, se tiene el derecho humano a la vida e integridad personal consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre

⁹⁴³ *Idem.*

⁹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴⁵ *Idem.*

Derechos Humanos, ello, derivado de que la negación de acceso a la pensión de sobreviviente, implicó la interrupción de la asistencia médica y del otorgamiento de los medicamentos al señor Duque, que en su calidad de paciente con VIH, necesitaba y no podía interrumpir por ninguna circunstancia, pues de lo contrario, su vida e integridad física estaría en grave riesgo como es entendido en el ámbito médico.

Ahora bien, dichos derechos humanos estarían en colisión con el principio de legalidad, el que puede entenderse como la obligación que tienen todas las autoridades en un Estado constitucional de derecho de cumplir y aplicar las leyes, siempre y cuando sean compatibles con los derechos humanos. En el caso que se comenta, se tuvo que una ley no regulaba la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran acceder a una pensión de sobrevivencia, sólo se permitía para las parejas conformadas por personas de diferente sexo, por lo que las autoridades colombianas, en cumplimiento del principio de legalidad, determinaron negarle el acceso a la pensión al señor Duque, esto es, privilegiaron el principio de legalidad sobre los derechos humanos a la vida, integridad personal e igualdad.

Cabe notar, que el principio de legalidad, bajo una interpretación extensiva, se encuentra reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula la irretroactividad de la ley en materia penal, lo anterior es así, ya que las autoridades y jueces locales de Colombia, tuvieron como sustento de su actuación la idea de la aplicación de las leyes, esto es, la materialización del principio de legalidad del Estado constitucional colombiano, la cual, en nuestra opinión no fue asumida correctamente, ya que si bien dicho principio sigue siendo vigente en un Estado democrático, el mismo debe operar si las leyes son compatibles con los derechos humanos, de no ser así, es posible inaplicar las mismas, sin que ello implique una vulneración del mismo Estado constitucional, por el contrario, comporta su perfeccionamiento y realce.

En suma, se afirma que la colisión que se presentó en este caso fue distinta a las tensiones que hemos analizado a lo largo de la presente investigación, ya que implicó un enfrentamiento entre un derecho humano y un principio del

Estado constitucional de derecho, por lo que se reafirma la posibilidad de colisiones entre distintos intereses jurídicos valiosos de relevancia para su protección convencional y constitucional.

3.- Argumentación y sentencia

Para comenzar, se señala que la CoIDH se centró en analizar las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, el cual, en esencia, indicó que el quejoso no había agotado todos los recursos existentes en el derecho doméstico respecto al reconocimiento de la pensión de supervivencia, como es el recurso administrativo ante la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías y el respectivo recurso judicial.⁹⁴⁶

Para la CoIDH, la acción de tutela presentada por el señor Duque (que buscaba obtener la pensión de sobrevivencia y el acceso a servicios médicos), era un recurso adecuado y efectivo para atender las necesidades del reclamante, ello, con independencia de la existencia de otros recursos ordinarios específicos que también podían ser interpuestos para lograr el mismo fin. De esta manera, la Corte determinó que el señor Duque sí había agotado los recursos de la jurisdicción interna, en términos de lo señalado por el artículo 46 del Pacto de San José, por lo que, con base, principalmente, en dicha razón desestimó las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado.⁹⁴⁷

Todavía más, por lo que respecta a la falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, el Estado demandado señaló que la acción de tutela constituye una figura judicial efectiva para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal, derivado de lo cual, el señor Duque tenía que agotar dicho recurso frente a la falta de continuidad o interrupción del tratamiento médico antirretroviral, la cual no se encontraba ligada a la reclamación de acceso a la pensión de sobreviviente.⁹⁴⁸

⁹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 12 y 15.

⁹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p.16.

En respuesta a dichos señalamientos, la CoIDH identificó que la acción de tutela promovida por el señor Duque refería la violación de su derecho a la salud, lo cual estaba en conexidad con el acceso a un esquema de protección específico del derecho a la salud, el que sólo se podía acceder si se contaba con la pensión de superviviente. A la luz de ello, para la Corte los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela por parte del quejoso, en la cual solicitó el acceso a la citada pensión, por lo que, la CoIDH desestimó también esta excepción preliminar presentada por el Estado demandado.⁹⁴⁹

Sobre el análisis expuesto por la CoIDH en lo que toca al fondo del asunto, para efectos prácticos, el mismo se dividió en tres rubros: a) el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, b) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, y c) el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.⁹⁵⁰

El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación:

La argumentación de este punto fue dividida, a su vez, en los siguientes puntos: a) derecho a la igualdad y a la no discriminación; b) el derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, c) la aludida cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, y d) conclusión.⁹⁵¹

Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la Corte fijó los parámetros de comprensión y alcance de tal derecho, para lo cual aludió a las interpretaciones que sobre la discriminación ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, asimismo, refirió el estatus actual del principio de igualdad y no discriminación como norma del *ius cogens*, así como la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o modificar circunstancias discriminatorias existentes en sus sociedades. Finalmente, la CoIDH observó que existe un vínculo estrecho entre

⁹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 27.

las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.⁹⁵²

En torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la Corte identificó que las normas jurídicas de Colombia, que reglamentaban las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial y de seguridad social, contenían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo (que no podían formar tal unión).⁹⁵³

Por otro lado, la Corte argumentó que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por el Pacto de San José, por lo que está prohibida bajo la misma, cualquier regla, acto o práctica discriminatoria sustentada en la orientación sexual de las personas.⁹⁵⁴

Aún más, para los jueces interamericanos toda diferencia de trato debe tener una justificación objetiva y razonable, a fin de que no sea discriminatoria, en este sentido, la Corte indicó que la posible restricción de un derecho humano requiere de una fundamentación rigurosa, a saber, que las razones emitidas para establecer la diferencia sean serias y que se sustenten en una argumentación exhaustiva.⁹⁵⁵ De esta forma, para la Corte el Estado demandado no presentó una explicación sobre la necesidad de la diferencia de trato para las parejas del mismo sexo, en relación con las parejas integradas por personas de diferente sexo.⁹⁵⁶

Para respaldar su argumentación jurídica, la CoIDH alude a diversos instrumentos y consideraciones internacionales que abordan el tema, en concreto, refiere, sobre el derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha asumido que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación (de

⁹⁵² *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁵⁴ *Idem*.

⁹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁵⁶ *Idem*.

hecho o de derecho), por motivos, entre otros, de posición económica, estado de salud y orientación sexual, que busquen afectar el ejercicio del derecho a la seguridad social.⁹⁵⁷

En el mismo sentido, destacó la CoIDH, que en la Observación General número 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tienen que cerciorarse de que las preferencias sexuales de las personas no sean un obstáculo para hacer realidad sus derechos consagrados en dicho Pacto.⁹⁵⁸

Por otro lado, los jueces interamericanos resaltaron la existencia de los Principios de Yogyakarta sobre el derecho internacional de los derechos humanos en torno a la orientación sexual, los cuales establecen en su principio número 13, que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a diversas medidas de protección social, sin discriminación por cuestiones de orientación sexual.⁹⁵⁹

De la misma forma, precisó la CoIDH, que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos) ha determinado que la diferenciación en el acceso al derecho de pensión entre las parejas del mismo sexo y las parejas integradas por personas de diferente sexo, no puede ser razonable ni objetivo, pues no se cuenta con factores que justifiquen la existencia de tal distinción.⁹⁶⁰

Con todo, los jueces interamericanos no se conformaron con aludir a criterios y posturas internacionales, sino que también analizaron y observaron la situación del tema en el ámbito nacional de los siguientes países de la región interamericana: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, lo cual se aprecia adecuado, pues una de los retos que enfrenta la CoIDH es

⁹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁵⁸ *Idem.*

⁹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

mirar hacia el ámbito de protección de los derechos humanos en sede nacional y no sólo internacional.

Por lo que hace a México, la CoIDH observó que en la Ciudad de México está regulada desde 2006 la sociedad de convivencia entre parejas del mismo sexo y el matrimonio entre las mismas desde 2009. Todavía más, en 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que las leyes de los Estados que consideren que la finalidad del matrimonio es la procreación o que lo entienda como el que se celebra entre un hombre y una mujer, son inconstitucionales. Además, señaló que no se debe excluir injustificadamente el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas integradas por personas de distinto sexo.⁹⁶¹

Para el caso de Uruguay, señaló la Corte que en dicho país desde 2007, se cuenta con una ley sobre la Unión Concubinaria que se aplica a las parejas del mismo sexo, en la cual se reconoce a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, cualquiera que sea su sexo u orientación sexual. Asimismo, se identificó que en dicho país se reconoció el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde 2013.⁹⁶²

Respecto a Argentina, en la ciudad de Buenos Aires desde 2002, se reconoce la unión civil de las parejas del mismo sexo. En el ámbito nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es posible desde 2010, asimismo, en 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo, en esta misma línea, dicha Corte Suprema autorizó en 2011 el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo.⁹⁶³

En el caso de Brasil, la CoIDH identificó el avance en la materia por parte de dicha país, así señaló que en diciembre de 2010, un decreto ejecutivo autorizó el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja. Aún más, en mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció a

⁹⁶¹ *Idem*.

⁹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁶³ *Ibidem*, p. 34.

las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que las integradas por personas de diferente sexo. Finalmente, en mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia determinó, con base en el principio de no discriminación, que no es dable negar el matrimonio o las uniones de hecho a las parejas homosexuales.⁹⁶⁴

En sentido similar, aunque varios años después, en Chile desde octubre de 2015, las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos pensionarios que las parejas heterosexuales.⁹⁶⁵

Sobre la situación en los Estados Unidos de América, la Suprema Corte de Justicia de dicho país ha señalado que la protección del derecho a contraer matrimonio aplica con igual fuerza para las parejas homosexuales. De esta forma, la Corte Suprema ha expresado que si bien los Estados de la Federación son libres para determinar los beneficios que confieren a todas las parejas, en la historia americana se han reconocido diversos derechos en el matrimonio, entre los que se encuentran, el acceso al hospital, los derechos y beneficios de los sobrevivientes y el derecho al seguro de salud.⁹⁶⁶

Por lo que hace a Colombia, la CoIDH esbozó que la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-336 de 2008 en materia de pensiones de sobrevivencia a parejas homosexuales, precisó que el Estado debe establecer las condiciones para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual deben existir esquemas jurídicos similares para todas las personas sin importar su orientación sexual. En este sentido, en torno a las pensiones de sobrevivientes, los jueces constitucionales colombianos concluyeron que no existe una justificación racional para mantener un trato discriminatorio, que impida a las personas homosexuales acceder a la pensión de sobrevivientes como lo hacen las parejas heterosexuales.⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ *Idem*.

⁹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 35.

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentaciones expuestas por la CoIDH en torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la misma determinó que la falta de consenso en algunos países de la región sobre el respeto de los derechos de las minorías sexuales, no puede ser utilizado como un argumento para negar o restringir sus derechos humanos o, peor aún, para continuar con la discriminación histórica que las mismas han padecido.⁹⁶⁸

En concreto, la Corte concluyó que el Estado demandado no presentó una justificación objetiva y razonable para la existencia de una restricción a fin de que las parejas homosexuales puedan tener acceso a una pensión de sobrevivencia, por lo que, los jueces interamericanos encontraron que la distinciones señaladas en las normas impugnadas por el señor Duque, en torno a la orientación sexual para obtener dicha pensión son, desde luego, discriminatorias y vulneran el contenido del artículo 24 del Pacto de San José.⁹⁶⁹

Por consiguiente, la Corte determinó que la normatividad interna vigente en el 2002, que no permitió el pago de pensiones a parejas homosexuales, materializó una diferencia de trato que violó el derecho convencional a la igualdad y no discriminación, por lo cual, en criterio de la CoIDH, el Estado demandado cometió un hecho ilícito internacional que afectó los derechos humanos del quejoso.⁹⁷⁰

En otro sentido, sobre la aludida cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, la CoIDH constató que la sentencia C-336 de 2008 reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a la pensión de sobrevivencia en los mismos términos que una pareja heterosexual, así como que la unión entre parejas homosexuales podía ser acreditada a través de un notario público, por otro lado, identificó la CoIDH que la sentencia T-051 de 2010 estableció que los cambios implementados por la sentencia C-336 de

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁷⁰ *Idem*.

2008, resultaban también aplicables a los casos en que el fallecimiento del causante se haya dado previamente a su emisión, en el mismo sentido, determinó que la unión entre personas del mismo sexo, podía ser acreditada por diversos medios probatorios.⁹⁷¹

Bajo este sendero, la Corte resaltó el importante avance jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional de Colombia desde 2008, sin embargo, identificó también que el Código Sustantivo del Trabajo establece que las acciones en torno a los derechos regulados en el mismo prescriben en 3 años, que se computan desde que la obligación sea exigible; además, recordó que el mismo Estado consideró que la decisión sobre el otorgamiento de la pensión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, sino también a una aseguradora, la cual no se sabe si cubrirá en su totalidad la pensión del señor Duque, misma que dejó de percibir desde 2002.⁹⁷²

Por ello, para la Corte no existió certeza sobre cómo procederían los involucrados en el pago de la pensión, por lo que con independencia de que desde el año 2010, el señor Duque podía presentar una nueva solicitud de pensión de sobrevivencia ante la autoridad responsable en condiciones de igualdad, no es posible conocer si el recurso sería efectivo para restituir al quejoso.⁹⁷³

Por lo anterior, la Corte consideró que a pesar de que el quejoso podría presentar una solicitud de pensión, sin que sea sujeto de discriminación, derivado de la posible reparación del hecho ilícito internacional por la emisión de la jurisprudencia en 2008 y 2010, la realidad es que en el supuesto de otorgarse la pensión, no existe certeza sobre cómo será la misma, de esta forma, la CoIDH concluyó que el hecho ilícito internacional (del cual fue víctima el quejoso) no fue subsanado totalmente, ya que que los pagos retroactivos

⁹⁷¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁷³ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

que podría obtener no serían compatibles con los que habría percibido en el 2002, si no se le hubiere discriminado.⁹⁷⁴

Por último, sobre la conclusión, se destaca que para la CoIDH, el Estado demandado es responsable por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 24 del Pacto de San José, en conexión con el artículo 1.1 de dicha Convención, en menoscabo del señor Duque, ello, ya que no se le dio acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en las normas jurídicas de Colombia.⁹⁷⁵

Los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial:

Sobre la violación a los derechos de garantías judiciales y protección judicial alegadas por los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana, la Corte comenzó su análisis indicando que, de conformidad con el artículo 25 del Pacto de San José, el Estado tiene la obligación de establecer recursos judiciales efectivos a las personas que consideren ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos. Asimismo, precisó que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en dicho precepto convencional, no es suficiente la existencia de los recursos, sino que se requiere que los mismos tengan efectividad.⁹⁷⁶

Para lo cual, la Corte esbozó que para que un recurso sea efectivo, se necesita que sea realmente idóneo para establecer si se ha materializado o no, una afectación a los derechos humanos y, de ser el caso, remediar dicha vulneración.⁹⁷⁷

Ahora bien, respecto a la efectividad de la acción de tutela y la apelación promovidas por el señor Duque, la CoIDH consideró que como consecuencia de la alegada urgencia, derivado del estado de salud del señor Duque (es una persona que vive con VIH), la acción de tutela era un recurso idóneo para defender sus derechos. Pese a ello, la Corte advirtió que las resoluciones de

⁹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷⁵ *Idem*.

⁹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, p. 41.

las autoridades responsables, además de rechazar la petición de acceso a la pensión, refirieron que los recursos que podía interponer el señor Duque para solicitar la misma eran de naturaleza contenciosa-administrativa y de apelación contra la negativa a su petición.⁹⁷⁸

Bajo este escenario, los jueces interamericanos estimaron que no contaban con elementos para decretar la inexistencia de la voluntad del Estado demandado, en otorgar protección jurídica al quejoso, ya que las resoluciones internas en diversas instancias, se emitieron con base en las normas vigentes de la época, además, en las mismas se identificaron las vías jurídicas adecuadas para que el señor Duque pudiera solicitar la pensión respectiva.⁹⁷⁹

En suma, la Corte resolvió que no contaba con datos que le permitieran sentenciar que en Colombia no existía un recurso idóneo o efectivo para solicitar y acceder al pago de la pensión requerida, ello, porque no era dable efectuar un análisis en abstracto sobre la idoneidad o efectividad de los recursos que se podían ejercer, ya que los mismos no fueron interpuestos por el quejoso. Por tanto, determinó que el Estado colombiano no violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.1 del Pacto de San José.⁹⁸⁰

Por otro lado, por lo que hace a la alegada violación del derecho a las garantías judiciales del señor Duque, según los representantes del quejoso, como consecuencia de los prejuicios y estigmatización de las parejas homosexuales esbozadas en las decisiones de las autoridades responsables, los jueces interamericanos reiteraron que la idea de imparcialidad exige que el juez que interviene en un caso concreto, se acerque a los hechos de la causa suprimiendo todo prejuicio, en efecto, para la CoDIH la imparcialidad de los jueces conlleva que no tengan un interés particular, ni una posición tomada o alguna preferencia para las partes. Así, el juez debe actuar sin estar sujeto a

⁹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 43.

⁹⁸⁰ *Idem*.

influencia, presión, amenaza o intromisión, lo único que puede y debe mover al juez es el derecho.⁹⁸¹

En este sentido, en el caso en estudio, la CoIDH estimó que del análisis detallado de las resoluciones de tutela y de apelación promovidas por el señor Duque, no se advierte que la justificación de las mismas haya sido determinada por un estereotipo en contra de la homosexualidad del quejoso, antes bien, se verificó que los órganos judiciales colombianos sustentaron sus determinaciones en las leyes vigentes de la época.⁹⁸²

De esta manera, la CoIDH resolvió, por un lado, que no es adecuado concluir que las autoridades responsables hayan actuado al margen de las normas jurídicas vigentes en Colombia, por el otro, que no cuenta con elementos que le permita apreciar si las autoridades judiciales operaron de forma parcial o con base en estereotipos referentes a la orientación sexual del señor Duque, que hayan sido determinantes para el sentido de sus decisiones. Por todo ello, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable por la vulneración de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹⁸³

El derecho a la integridad personal y el derecho a la vida:

En esta parte de la sentencia, la Corte recordó que los representantes del quejoso afirmaron que al negarle su derecho a la pensión de sobrevivencia (derivado de su condición de persona con VIH), el Estado violó los derechos de integridad física y psíquica del señor Duque. En concreto, afirmaron que la integridad física del reclamante estuvo en peligro de muerte por la falta de recursos que le permitieran acceder al tratamiento médico respectivo, con lo cual se violó el artículo 4.1 del Pacto de San José.⁹⁸⁴

⁹⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁸² *Ibidem*, p. 45.

⁹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p. 46.

Ahora bien, en el desarrollo de su argumentación, la CoIDH aludió a diversos instrumentos internacionales que regulan la situación del derecho a la salud de las personas con VIH, por ejemplo, las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. Del análisis de los mismos, se determinó que la obtención de los fármacos antirretrovíricos son sólo un componente de una respuesta eficaz para los enfermos con VIH. Así, se observó que las mismas necesitan un enfoque integral que comprenda los siguientes rubros: prevención, tratamiento, atención y apoyo.⁹⁸⁵

En sentido similar, la CoIDH efectuó un repaso a la regulación colombiana sobre el tema, así refirió que en Colombia se tiene la Ley 972 de 2005, en la cual se prescribe que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantiza la distribución de los medicamentos para atender las enfermedades catastróficas. Por otra parte, precisó que la Corte Constitucional colombiana determinó que cuando los pacientes con VIH requieran un tratamiento o procedimiento para garantizar su vida de forma digna, con independencia de que se encuentre incluido o no el tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud, si la persona está afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud, su derecho a la salud es fundamental y está protegido mediante la acción de tutela.⁹⁸⁶

Todavía más, los jueces interamericanos aludieron que en Colombia existe desde 2004, el Acuerdo 000260 “por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el cual se señala que las personas con ciertas patologías (como el VIH), se encuentran exentas de realizar pagos en el Plan Obligatorio de Salud.⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* p. 49.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁸⁷ *Idem*.

A fin de determinar si existió o no una violación a los derechos de integridad personal y a la vida del señor Duque, la CoIDH esbozó que no fueron presentados informes médicos, estudios o pruebas que acreditaran que el quejoso sufrió realmente una afectación a su salud o, peor aún, que el Estado demandado interrumpió la asistencia médica del paciente con VIH.⁹⁸⁸

En otro sentido, la Corte Interamericana retomó el peritaje emitido por el señor Ricardo Luque, en el cual se precisó que mediante el Sistema de Seguridad Social en Salud, se provee el acceso universal a la atención integral a pacientes con VIH/SIDA, sin importar el régimen de afiliación que tengan o su capacidad de pago, asimismo, que desde 1997 el Estado demandado homologó las atenciones del régimen subsidiado con el contributivo, en ciertas enfermedades (como el VIH/SIDA), por lo que, en ambos sistemas, se tiene derecho al mismo tipo de servicios y medicamentos.⁹⁸⁹

Con base en dichas consideraciones y razones, la CoIDH estimó que no contaba con datos que le permitieran concluir que el sistema subsidiado de prestación de servicios de salud, le hubiera otorgado al quejoso una protección menor que el régimen contributivo. De esta forma, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable de la vulneración de los derechos a la integridad personal y a la vida, proclamados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto de San José.⁹⁹⁰

Una vez detallada la argumentación desplegada por la CoIDH, cabe identificar las medidas de reparación decretadas por la vulneración de derechos en la sentencia, así la CoIDH recordó que toda violación de una obligación internacional que genere un daño, conlleva el deber de repararlo adecuadamente, asimismo, que las reparaciones deben manifestar un nexo causal con los hechos del asunto, las vulneraciones decretadas, los daños

⁹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁹⁹⁰ *Idem*.

comprobados y las medidas requeridas para enmendar los daños respectivos.⁹⁹¹

Bajo esta senda, la CoIDH reiteró la necesidad de decretar diversas medidas de reparación, con el objeto de resarcir los daños de forma completa, de esta manera, con independencia de las compensaciones pecuniarias que se declaren, deben precisarse medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.⁹⁹²

Analicemos pues, cada una de las medidas establecidas por la Corte, iniciemos con las medidas de restitución, sobre éstas los jueces interamericanos señalaron que el Estado demandado debe garantizar al quejoso, que la solicitud de pensión de sobrevivencia que presente, sea resuelta de forma prioritaria en un tiempo de 3 meses, de igual manera, que en el supuesto de que se le brinde dicha pensión, la misma debe integrar la suma de todos los pagos y sus intereses, que no percibió el quejoso desde que presentó la solicitud de información a COLFONDOS en abril de 2002.⁹⁹³

Sobre las medidas de satisfacción, la CoIDH ordenó que el Estado demandado, en el plazo de 6 meses, efectúe la publicación del extracto oficial de la sentencia realizado por la Corte, en el Diario Oficial del Estado y en un periódico de gran circulación en Colombia, así como de la sentencia en su totalidad, por un tiempo de por lo menos un año, en una página web oficial del Estado.⁹⁹⁴

Por lo que hace a la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial, la CoIDH reiteró que el daño material comporta la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos realizados como

⁹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

⁹⁹² *Ibidem*, p. 54.

⁹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, p. 55

consecuencia del acto inconvencional y las consecuencias de naturaleza monetaria que conlleven un nexo causal con los hechos del asunto.⁹⁹⁵

Ahora bien, en el presente asunto, los jueces interamericanos asumieron que el Estado era responsable por vulnerar el derecho a la igualdad, ya que fue aplicada una ley discriminatoria al quejoso, pese a ello, dichos jueces señalaron que los representantes no probaron la existencia de un daño emergente, derivado de lo cual, no era dable otorgar una indemnización por daño material, en virtud de que se trata de un daño incierto, además de que el posible daño sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión del señor Duque en el ámbito interno.⁹⁹⁶

A fin de tomar una postura en torno al daño inmaterial sufrido por el quejoso, la CoIDH retomó su idea de daño inmaterial, la cual comporta los sufrimientos y aflicciones generadas a la víctima y a sus familiares, el deterioro de los valores de las personas y las afectaciones no pecuniarias a las condiciones de existencia de la víctima o su familia. En este sentido, dicha Corte ha afirmado que no es posible decretar una cantidad monetaria exacta para cubrir el daño inmaterial, por lo que queda establecer equitativamente una compensación por el daño sufrido, a fin de materializar una reparación integral a la víctima, a través del pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios.⁹⁹⁷

En el caso en estudio, la Corte recordó que sí existió una violación al derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque, ya que no pudo acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia a la que tenía derecho, lo que implicó que no recibiera ingresos por más de 13 años, que le hubieran permitido mejorar sus condiciones de vida digna como persona con VIH, de esta forma, considerando el sufrimiento y daño inmaterial que dicha vulneración al derecho de igualdad generó a la víctima, los jueces interamericanos decretaron una indemnización equivalente a \$ 10,000 (diez

⁹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁹⁶ *Idem.*

⁹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 59.

mil dólares de los Estados Unidos de América) a cargo del Estado demandado por concepto de daño inmaterial.⁹⁹⁸

Para seguir avanzado en la reparación establecida a favor del señor Duque, la CoIDH se dio a la tarea de analizar el pago, en su caso, de las costas y gastos del asunto, para lo cual retomó su jurisprudencia que indica que las costas y gastos forman parte del concepto de reparación, pues las acciones efectuadas (a nivel nacional e internacional) por las víctimas, a fin de que se les restituyan sus derechos, encierran gastos que deben ser subsanados cuando se determina una responsabilidad internacional del Estado demandado.⁹⁹⁹

Bajo este sendero, la CoIDH identificó que las pruebas aportadas por los representantes del quejoso, no justificaron los gastos reclamados por los mismos, asimismo, que en otros rubros no aportaron pruebas sobre los gastos realizados, por lo que la Corte Interamericana declaró que no contaba con un sustento probatorio para determinar los gastos efectuados por los representantes del señor Duque.¹⁰⁰⁰

Pese a dicho escenario adverso, los jueces interamericanos decidieron fijar la cantidad de \$ 10,000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), a fin de cubrir las acciones perpetuadas en la defensa del asunto a nivel nacional e internacional, cantidad que el Estado demandado debe pagar a los representantes del señor Duque, dentro del tiempo de 6 meses, contado a partir de la comunicación de la respectiva sentencia; lo anterior, con independencia, de que pueda decretarse en contra del Estado, el reembolso a la víctima de los gastos efectuados en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 59.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 61.

Con base en todas las anteriores consideraciones y razones expuestas, la CoIDH, con cuatro votos a favor y dos en contra,¹⁰⁰² declaró que el Estado demandado fue responsable por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley del señor Duque, consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la Pacto de San José, asimismo, determinó que la sentencia constituye *per se* una manera de reparación, por otro lado, estableció que el Estado demandado debe garantizar al quejoso el trámite prioritario de su futura solicitud de acceso a la respectiva pensión de sobrevivencia y, finalmente, que el Estado demandado debe cubrir, dentro de un año, contado a partir de la comunicación de la sentencia, las cantidades referidas en la decisión, respecto de la indemnización por daño inmaterial y del reintegro de costas y gastos del juicio.¹⁰⁰³

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso que se comenta, se identifica que la CoIDH utilizó diversos parámetros para evaluar su argumentación, en concreto, se resaltan los siguientes criterios:

- Criterio de razonabilidad.
- Criterio de argumentación exhaustiva.
- Criterio internacional.
- Criterio del derecho comparado interamericano.

Sobre el criterio de razonabilidad, se señala que el mismo encuentra su origen en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ya que tal criterio, se relaciona con la idea de proporcionalidad en sentido amplio como lo veremos adelante.

Para empezar, recordemos que cuando la CoIDH argumentaba sobre la prohibición de todo acto o norma discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas, señalaba que para que pudiera establecerse alguna

¹⁰⁰² Los jueces interamericanos disidentes fueron Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi, véase votos disidentes en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 2-14.

¹⁰⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

diferencia de trato, la misma debía respaldarse por una justificación objetiva y razonable, lo que implicaba que tenía que perseguir un fin legítimo y existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido con la diferencia de trato.¹⁰⁰⁴

Bajo esta senda, es dable señalar que si no se materializaban dichas gradas del test de razonabilidad, se tenía que asumir que la norma o acto emitido era discriminatorio y debía ser expulsado del sistema jurídico que corresponda.

En el caso en estudio, la CoIDH utilizó dicho criterio para evaluar y calificar que la medida impugnada por el señor Duque era discriminatoria y vulneraba su derecho a la igualdad, pues el Estado demandado no esbozó una justificación objetiva y razonable, que respaldara la restricción de acceso a la pensión con base en la orientación sexual de las personas.¹⁰⁰⁵

Por lo anterior, se puede afirmar que dicho criterio fue útil y relevante para el sentido de la decisión, pues el mismo le permitió a la CoIDH identificar el carácter discriminatorio de la norma impugnada y, consecuentemente, decretar la vulneración del derecho de igualdad del quejoso.

Sobre el criterio de argumentación exhaustiva, cabe hacer notar que el mismo resulta novedoso, ya que activa una faceta creativa en los jueces, la cual se les exige emprender en todo Estado constitucional de derecho, en efecto, dicho criterio puede ser identificado con la idea de una argumentación maximalista, esto es, con un esquema argumentativo que recurre a todos los ámbitos posibles, a fin de sustentar de mejor forma una determinación judicial. De esta forma, se aplaude, el señalamiento y utilización de dicho criterio por parte de los jueces interamericanos.

Ahora bien, se resalta que el parámetro de argumentación exhaustiva en el asunto en análisis, implicó que la CoIDH considerara que toda restricción de un derecho humano requería de una justificación rigurosa, lo que comportaba que las razones esbozadas por el Estado para establecer una diferenciación de

¹⁰⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, p. 36.

trato en una ley, tenían que desarrollarse en el contexto de una argumentación de corte exhaustiva.¹⁰⁰⁶

En otras palabras, la argumentación jurídica desplegada para defender la diferencia de trato, debía ser sumamente abierta a diversos tipos de razones y consideraciones apropiadas para la causa de distinción, lo que desde luego, en el caso en concreto, no aconteció, por lo que se asumió implícitamente que no se logró acreditar este criterio de calificación de la decisión, así a nuestro juicio, el criterio de argumentación exhaustiva fue también relevante para el sentido de la decisión presentada por los jueces interamericanos.

En torno al criterio internacional, se destaca que la CoIDH, siguiendo la práctica de diversos tribunales internacionales y nacionales (por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país), para calificar de alguna forma su argumentación, utilizó diversos instrumentos y decisiones del ámbito universal, entre los cuales, se retoman los siguientes: a) Observación General Núm. 19, el derecho a la seguridad social del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, b) los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, c) la Comunicación núm. 941/2000 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos).¹⁰⁰⁷

En este sentido, para tomar una postura sobre el derecho de las personas homosexuales a un trato no discriminatorio en materia de acceso a las pensiones y seguridad social, sirvió como parámetro de calificación de la decisión, el análisis y estudio de la práctica internacional sobre el tema, así, se puede asumir que el criterio internacional contribuyó a evaluar la argumentación que desplegó la CoIDH para defender el derecho de igualdad del señor Duque con total independencia de su orientación sexual.

¹⁰⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

Finalmente, sobre el criterio del derecho comparado interamericano, se recuerda que la CoIDH lo utilizó para sustentar la corrección de su sentencia (en la que determinó que sí se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque), en particular, el mismo fue adecuado también para poner de relieve el estatus actual en la región interamericana, del derecho de acceso a las pensiones por parte de las parejas homosexuales.

Ciertamente, con base en dicho criterio la CoIDH analizó la normatividad y jurisprudencia de diversos países de la región interamericana que han consagrado el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas homosexuales, a saber: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos de América y Colombia.¹⁰⁰⁸

A todo esto, se puede observar que este criterio del derecho comparado interamericano guarda mucha relación con el criterio de argumentación exhaustiva, pues ambos le exigen a los juzgadores que observen y analicen la situación que se presenta en otros países en relación con el conflicto que deben resolver, ello, a fin de obtener mayores herramientas para la toma de decisiones, dicho esquema no podría realizarse bajo los umbrales de un juez pasivo y apático, que no se preocupe por estudiar todos los confines posibles del caso que tiene entre sus manos, así pues, se reconoce la utilidad de ambos parámetros para la fiscalización de las decisiones judiciales.

Pues bien, tomando como referencia todos los criterios de evaluación de la argumentación descritos, se puede afirmar que la sentencia emitida por la CoIDH en el asunto Duque vs Colombia (acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo) fue la más adecuada y correcta, pues la misma pudo justificar plenamente, la inconventionalidad de la norma jurídica que impedía que las parejas homosexuales accedieran a la pensión de sobrevivencia, lo cual implicó, en el caso concreto, la violación del derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque, todo ello, con base en un abanico de criterios racionales, que corroboraron que dicha decisión fue la mejor, al menos, bajo los citados parámetros de calificación.

¹⁰⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 33, 34 y 35.

X. Análisis del caso “candidaturas independientes” ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (aplicaciones núm. 009/2011 y núm. 011/2011)

1.- Descripción del caso

El caso se generó por dos comunicaciones promovidas por distintos sujetos, por un lado, se tiene la aplicación número 009/2011, promovida por Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre en contra de la República Unida de Tanzania, por el otro, la aplicación número 011/2011, presentada por el señor Christopher R. Mtikila en contra de la República Unida de Tanzania.

Como características de las partes del asunto, se destacan las siguientes:

- Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre (que integran la primera aplicación) son organizaciones no gubernamentales con carácter de observadores ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cuales tienen como principales objetivos el representar los intereses de sus miembros, la administración de justicia y promover y proteger los derechos humanos de las personas.¹⁰⁰⁹
- El señor Christopher R. Mtikila (que comprende la segunda aplicación) es una nacional de la República Unida de Tanzania, el cual sometió la causa en su carácter de nacional de dicho país.¹⁰¹⁰
- El Estado demandado ha ratificado la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el Protocolo para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, además, el Estado ha hecho una declaración aceptando que los individuos y organizaciones no

¹⁰⁰⁹ *Cfr.* Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Case Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila vs United Republic of Tanzania* (applications No. 009/2011 y No. 011/2011), Sentencia del 14 de junio de 2013, pp. 3 y 4, disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/55-finalised-cases-details/844-app-nos-009-011-2011-tanganyika-law-society-and-legal-and-human-rights-centre-and-reverend-christopher-r-mtikila-v-united-republic-of-tanzania-details>, página consultada el 18 de diciembre de 2017. Traducción propia.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

gubernamentales con el carácter de observadores ante la Comisión, puedan citarlo ante la Corte Africana.¹⁰¹¹

Una vez esbozadas las características principales de las partes, la Corte Africana se dio a la tarea de exponer los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en cuestión, en particular, de la reclamación del señor Christopher R. Mtikila, los cuales resumimos a continuación:

- En 1992 la Asamblea Nacional de la República Unida de Tanzania aprobó la octava enmienda constitucional, la cual entró en vigor ese mismo año. Dicha enmienda requería que todo candidato a las elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales debía ser un miembro o ser patrocinado por un partido político.¹⁰¹²
- En 1993 el señor Christopher R. Mtikila (segundo aplicante) llevó un caso constitucional a la Suprema Corte de la República Unida de Tanzania (Christopher Mtikila vs The Attorney General, caso civil número 5), combatiendo las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania y la sección 39 de la Ley 1979 emitida por autoridades locales, para lo cual, el quejoso señaló que las modificaciones estaban en conflicto con la propia Constitución de Tanzania, por lo que eran inválidas.¹⁰¹³
- En octubre de 1994, la Suprema Corte emitió su sentencia del caso en favor de señor Christopher Mtikila, por lo que declaró como inconstitucional la enmienda que prohibía las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.¹⁰¹⁴
- En ese tiempo, el gobierno de Tanzania presentó, en octubre de 1994, un proyecto en el parlamento (décima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994) a fin de anular el derecho de los candidatos

¹⁰¹¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰¹² *Ibidem*, p. 17.

¹⁰¹³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.¹⁰¹⁵

- En diciembre de 1994, la Asamblea Nacional de Tanzania aprobó el proyecto presentado (décima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994), la cual tuvo como efecto restaurar la posición constitucional existente previo al caso civil número 5 de 1993, mediante la modificación al artículo 21.1 de la Constitución de Tanzania. El proyecto se convirtió en ley en enero de 1995 cuando obtuvo el consentimiento presidencial, la misma negó la sentencia de la Suprema Corte en el caso civil número 5 de 1993.¹⁰¹⁶
- En 2005 el señor Christopher R. Mtikila presentó otro caso ante la Suprema Corte de Tanzania (Christopher Mtikila vs The Attorney General, caso civil número 10 de 2005), en el cual de nuevo desafió las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania, contenidas en la décima primera ley de enmienda constitucional de 1994. En mayo de 2006, la Suprema Corte resolvió de nuevo a favor del reclamante, para lo cual sostuvo que las enmiendas impugnadas violaban los principios democráticos y la doctrina de la estructura básica reconocida en la Constitución. Con esta sentencia, la Suprema Corte permitió otro vez las candidaturas independientes.¹⁰¹⁷
- En 2009, el abogado general apeló ante la Corte de Apelación de la República Unida de Tanzania, la sentencia de la Suprema Corte (apelación civil número 45 de 2009). En su sentencia de junio de 2010, la Corte de Apelación revocó la sentencia de la Suprema Corte, por lo que, ya no permitió las candidaturas independientes para la elección de Presidente de la República, parlamento o gobierno local.¹⁰¹⁸
- La Corte de Apelación determinó que el asunto era una cuestión política, por lo que debía ser resuelto por el parlamento, posteriormente, el parlamento

¹⁰¹⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰¹⁶ *Idem.*

¹⁰¹⁷ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰¹⁸ *Idem.*

puso en marcha un proceso de consulta con el objetivo de obtener las opiniones de los ciudadanos de Tanzania sobre la posible enmienda de la Constitución.¹⁰¹⁹

- Conforme al orden legal municipal actual en la República Unida de Tanzania, los candidatos que no son miembros o que no están patrocinados por un partido político están impedidos para participar en una elección presidencial, parlamentaria o local.¹⁰²⁰
- El 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011, Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre y el señor Christopher R. Mtikila, respectivamente, presentaron sus quejas contra el Estado de Tanzania ante el registro de la Corte Africana, en concreto, reclamaron que dicho Estado a través de ciertas enmiendas a la Constitución había violado los derechos de los ciudadanos de libertad de asociación, de participación en asuntos públicos y el derecho contra la discriminación, derivado de las prohibiciones para que los candidatos independientes pudieran competir en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.¹⁰²¹
- En la Vigésima Segunda sesión ordinaria celebrada del 12 al 23 de septiembre de 2011 y, por una orden suscrita el 22 de septiembre de 2011, la Corte Africana decidió que los dos procesos (aplicación de Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre y del señor Christopher R. Mtikila) serían consolidados.¹⁰²²
- Mediante cartas separadas suscritas el 17 de octubre de 2011, el registrador de la Corte Africana informó a las partes, la decisión de la misma de consolidar las aplicaciones y envió a las mismas la orden de consolidación.¹⁰²³

¹⁰¹⁹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰²¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰²² *Ibidem*, p. 8.

¹⁰²³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 9.

- A través de diversas cartas suscritas el 12 de abril de 2012, el registrador de la Corte Africana notificó a las partes que en la Vigésima Cuarta sesión ordinaria efectuada del 19 al 30 de marzo de 2012, la Corte tomó la decisión de que la audiencia pública del caso se celebraría el 14 y 15 de junio de 2012 y que en la misma se abordarían las objeciones preliminares y méritos del asunto.¹⁰²⁴
- La audiencia pública fue celebrada en la sede de la Corte Africana en Arusha, Tanzania, el 14 y 15 de junio de 2012, durante la misma se escucharon los argumentos orales sobre las objeciones preliminares y los méritos del caso, en la audiencia, los miembros de la Corte formularon preguntas a las partes, las cuales las contestaron de forma oral.¹⁰²⁵
- Mediante cartas separadas suscritas el 31 de julio de 2012, el registrador de la Corte Africana reenvió a las partes copias del acta de la audiencia pública, asimismo, les informó que si tenían comentarios sobre la misma, podrían enviarlos dentro del plazo de 30 días.¹⁰²⁶
- Con una nota verbal del 31 de agosto de 2012, recibida por el registrador de la Corte mediante correo electrónico el mismo día, el Estado demandado transmitió sus comentarios al acta de la audiencia pública, sin embargo, no fueron recibidos los comentarios de los quejosos.¹⁰²⁷

Pues bien, de forma resumida, los anteriores puntos, constituyen los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en estudio, en adelante precisaremos los derechos humanos en tensión que la Corte Africana debía resolver, a fin de brindar justicia, en su caso, a las víctimas de las alegadas violaciones a los derechos humanos, todo ello, en el contexto del sistema africano de protección y defensa de derechos.

¹⁰²⁴ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

¹⁰²⁶ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 17.

2.- Derechos humanos en colisión

En la sentencia que se analiza, no se planteó expresamente una tensión entre diversos derechos, sin embargo, para fines didácticos sí es posible identificar un tipo de colisión entre algunos principios, la cual deriva de las propias pretensiones de los quejosos y las respuestas dadas por las autoridades responsables, que cabría poner de manifiesto, a fin de obtener un panorama más amplio del caso que se estudia.

Bajo este escenario, del estudio de las alegaciones de los quejosos y de las respuestas dadas por las autoridades del Estado demandado, se tiene que los principios en tensión son los siguientes:

Por un lado, se tienen los derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo, consagrados en los artículos 2, 3, 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, los cuales al decir de los quejosos fueron vulnerados con las determinaciones del Estado demandado, que establecieron y confirmaron que el único mecanismo para contender en las elecciones era a través de los partidos políticos, esto es, se eliminó la posibilidad de participar vía candidaturas independientes.

Ahora bien, tomando como referencia los argumentos esgrimidos por el Estado demandado, se destaca (aunque así no se haya expresado en la sentencia de la Corte Africana), que los citados derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo, estarían en colisión con diversos principios constitucionales vigentes en Tanzania, en concreto, con los principios siguientes: unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público y paz pública,¹⁰²⁸ reconocidos en el sistema jurídico nacional del Estado demandado.

Así, cabe recordar que el gobierno de Tanzania sustentó la reforma constitucional (que prohibía las candidaturas independientes), impugnada por

¹⁰²⁸ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 32.

los quejosos, en la necesidad de proteger la gobernanza y unidad del país, así como el orden público y la defensa nacional.¹⁰²⁹

Lo anterior, ya que para el gobierno de Tanzania, no se puede reconocer a los ciudadanos de dicho país una libertad absoluta e incontrolada, pues la misma puede generar anarquía y desorden social, por lo que la prohibición de la figura de las candidaturas independientes era necesaria para mantener los principios de unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público, paz pública, defensa y moralidad, aún más, para el Estado demandado, la participación en las elecciones, mediante una representación regional vía partidos políticos, era necesaria para evitar el tribalismo en Tanzania.¹⁰³⁰

En este sentido, a pesar de que pueda ser complicado identificar una tensión entre, por ejemplo, el derecho a la libertad de asociación con el principio de orden público o el derecho de igualdad con el principio de unidad, se observa que la colisión en el caso en comento, se dio en dicho sentido, por lo que la tarea de la Corte Africana fue resolver la misma, con base en argumentos que establecerían la prevalencia, para el caso concreto, de los principios o derechos humanos respectivos, pues recordemos que los mismos no son de ejercicio absoluto, por dos cuestiones, por un lado, porque pueden ser delimitados (limitados) por la propia Constitución o las leyes que se emitan para precisar su alcance y ejercicio (con base en la misma Constitución), por el otro, porque es posible restringirlos temporalmente cuando entran en tensión con otro u otros derechos humanos (vía test de proporcionalidad), para lo cual se debe activar un esquema de argumentación exhaustiva (maximalista), como lo hemos asumido a lo largo de esta investigación.

¹⁰²⁹ Cartes Rodríguez, Juan Bautista, “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2017, vol. XVII, enero-diciembre de 2017, pp. 251- 289 (p. 271), disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11037/13063>, página consultada el 19 de diciembre de 2017.

¹⁰³⁰ Para la redacción del presente párrafo se utilizaron los argumentos emitidos por el Estado demandado en el caso que se comenta, véase Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 32 y 33. Traducción propia.

3.- Argumentación y sentencia

Para el análisis de la argumentación desplegada en el presente caso, se detallarán las objeciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, así como las respuestas emitidas sobre las mismas por parte de los quejosos, finalmente, se esbozará la postura de la Corte Africana en torno a las objeciones preliminares del asunto.

Sobre las objeciones preliminares del Estado demandado, cabe indicar que las mismas se refirieron a la admisibilidad y a la jurisdicción, por lo que hace a la admisibilidad para el demandado, los reclamantes no agotaron los remedios locales, ya que la sentencia de la Corte de Apelación estableció que el asunto de la prohibición de las candidaturas independientes debía ser resuelto por el parlamento. El Estado demandado señaló que su gobierno preparó un proyecto de revisión constitucional en marzo de 2011, con el objeto de fijar un mecanismo para el proceso de revisión, así, el demandado argumentó que la sentencia de apelación de 2010, no trató sustancialmente con el tema de las candidaturas independientes, dejando el asunto al parlamento, el que no lo ha explotado.¹⁰³¹

Todavía más, el Estado demandado señaló que ha conseguido un avance significativo en el proceso de revisión de la Constitución de Tanzania, a fin de concluirlo, se ha establecido una Comisión, la cual tuvo como encargo el proceso de revisión constitucional, en este sentido, el demandado argumentó que desde que la Comisión ha estado recolectando opiniones de la sociedad sobre el tema, el señor Christopher R. Mtikila ha tendido la oportunidad de dar sus opiniones sobre las candidaturas independientes.¹⁰³²

Por otro lado, el Estado demandado indicó que no deberían ser admitidas las quejas, derivado de la demora irracional en la presentación de las mismas, así refirió que mientras la Corte de Apelación resolvió el asunto el 17 de junio de

¹⁰³¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰³² *Ibidem*, p . 23.

2010, fue hasta el 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011, cuando los quejosos presentaron sus reclamaciones.¹⁰³³

En otro sentido, por lo que hace a la falta de jurisdicción de la Corte Africana, el Estado demandado señaló que en el tiempo de las alegadas violaciones a los derechos humanos en cuestión, el Protocolo a la Carta Africana todavía no entraba en vigor, por lo que la Corte no tenía jurisdicción para conocer del asunto.¹⁰³⁴

Respecto a las respuestas ofrecidas por los quejosos a las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, se tiene que los mismos señalaron que el proceso de revisión constitucional del Parlamento, no constituye un remedio local viable que deba ser agotado de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo a la Carta Africana y el artículo 56.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Así, de acuerdo con los quejosos, un remedio viable, que debe ser agotado, lo constituye un proceso judicial.¹⁰³⁵

En otro orden de ideas, sobre la alegada demora en la presentación de las reclamaciones internacionales, los quejosos manifestaron que no existió una indebida demora, por un lado, porque dentro del tiempo de 4 meses de la sentencia hubo elecciones generales y los funcionarios estuvieron ocupados con las mismas, por el otro, porque los quejosos tuvieron que esperar para que el parlamento acordara el asunto en seguimiento a la sentencia de la Corte de apelación.¹⁰³⁶

En relación con la ausencia de jurisdicción reclamada por el demandado, el quejoso Christopher R. Mtikila argumentó que se debe realizar una distinción entre las provisiones normativas y las institucionales. Los derechos que se deben proteger están consagrados en la Carta Africana de Derechos Humanos, de la cual, ya era parte el Estado demandado en el momento de las

¹⁰³³ *Idem.*

¹⁰³⁴ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰³⁶ *Idem.*

violaciones, a pesar de que el Protocolo de dicha Carta entró en vigor posteriormente, mismo que es simplemente un mecanismo para proteger derechos. En concreto, la Carta Africana consagra derechos humanos, mientras que el Protocolo establece un marco institucional para forzar el cumplimiento de los mismos, así para el quejoso, los derechos se consagraron en la Carta y el Estado demandado los ha vulnerado.¹⁰³⁷

Una vez precisado el esquema de objeciones preliminares desarrollado por las partes, cabe ahora exponer las consideraciones dadas por la Corte Africana sobre la admisibilidad de las reclamaciones, así se tiene que en torno a la falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte señaló que los mismos son primordialmente judiciales, de los cuales la jurisprudencia ya había elaborado los criterios para conocer su disponibilidad, efectividad y suficiencia.¹⁰³⁸

En este sentido, los jueces africanos esbozaron diversas comunicaciones y jurisprudencias del ámbito comparado, que precisaban el alcance de la figura del agotamiento de los recursos internos, así como del sentido de los criterios que los representan, en concreto, citaron los siguientes criterios del sistema africano, interamericano y europeo de protección de derechos humanos: a) Comunicaciones números 147/95 y 147/96 del caso Sir Dawda K. Jawara vs The Gambia, emitida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, mediante su Trigésimo Reporte Anual de Actividades (1999-2000); b) Caso Velásquez-Rodríguez vs Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y c) Caso Akdivar and Others vs Turkey, aplicación número 21893/93, sentencia del 16 de septiembre de 1996 de la Corte Europea de Derechos Humanos.¹⁰³⁹

Bajo este sendero, para la Corte Africana en la jurisprudencia sobre derechos humanos, la expresión remedios locales debe ser entendida y referida principalmente a remedios judiciales, los cuales representan la forma más efectiva para reparar las violaciones a los derechos humanos. Así, no

¹⁰³⁷ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰³⁸ *Idem.*

¹⁰³⁹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 26.

existiría disputa respecto a que el segundo quejoso ha agotado los recursos judiciales internos.¹⁰⁴⁰

En estas circunstancias, la Corte aceptó la idea de que no era necesario para los primeros quejosos (ONGs) agotar los mismos recursos judiciales internos, pues ya se conocía cual sería el resultado de dicho ejercicio. Para la Corte, el proceso parlamentario (el cual para el demandado tenía que agotarse por los quejosos), era un proceso político, por lo que no constituía un remedio disponible, efectivo y suficiente, pues no era de libre acceso para las personas, además de ser discrecional y podría ser abandonado en cualquier momento, asimismo, su resultado dependería de la voluntad de la mayoría. De esta forma, sin importar que tan democrático fuera el proceso parlamentario, el mismo no sería equivalente a un proceso judicial independiente, que busque la reivindicación de los derechos humanos consagrados en la Carta Africana.¹⁰⁴¹

En suma, la Corte encontró que los quejosos habían agotado los recursos internos de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo de la Carta Africana y el artículo 56.5 de la misma Carta.¹⁰⁴²

Sobre el retraso en la presentación de las quejas ante la Corte, los jueces africanos compartieron el criterio de los reclamantes, respecto de que no había existido un retraso excesivo en la presentación de las mismas, porque después de la sentencia de la Corte de apelación, los reclamantes estuvieron esperando la reacción del parlamento sobre la sentencia. En tales circunstancias, el periodo de alrededor de 360 días, desde la emisión de la decisión judicial hasta la presentación de las aplicaciones no fue excesivamente largo.¹⁰⁴³

En otro orden de ideas, por lo que hace a la objeción preliminar sobre la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto, los mismos jueces africanos señalaron que los derechos humanos reclamados como vulnerados, estaban protegidos por la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos,

¹⁰⁴⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰⁴² *Idem*.

¹⁰⁴³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 28.

así como que en el momento de la alegada violación, el Estado demandado ya había ratificado la Carta Africana y estaba ligado por la misma.¹⁰⁴⁴

Ahora bien, en el tiempo en que el Protocolo a la Carta Africana fue ratificado por el Estado demandado y cuando entró en vigor respecto a dicho Estado, las violaciones reclamadas continuaban y siguen continuando, pues las candidaturas independientes aún no se permiten para acceder a la posición de Presidente o para contender en las elecciones parlamentarias y las de gobiernos locales. Todavía más, las vulneraciones reclamadas continuaron más allá del tiempo en que el Estado demandado efectuó la declaración referida en el artículo 34.6 del Protocolo de la Carta Africana.¹⁰⁴⁵

Por todo lo anterior, la Corte Africana determinó que las reclamaciones eran admisibles y que la misma tenía jurisdicción para conocer sobre ellas, por lo cual procedió a considerar los méritos de las quejas.¹⁰⁴⁶

En lo concerniente a los méritos del caso, en primer lugar, la Corte expuso las consideraciones de los reclamantes, después las alegaciones del Estado demandado, finalmente, su decisión sobre el tema. Veamos pues cada uno de estos puntos centrales de la sentencia.

La esencia del caso se refiere a que la Décima Primera Enmienda Constitucional, aprobada en diciembre de 1994 por la Asamblea Nacional de Tanzania y por el Presidente de la República de Tanzania el 17 de enero de 1995, vulnera los artículos 2, 10 y 13 de la Carta Africana, ya que la misma se relaciona con la prohibición de las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y para los gobiernos locales.¹⁰⁴⁷

Bajo este sendero, para los quejosos la prohibición constituye una discriminación en contra de los candidatos independientes, asimismo, la

¹⁰⁴⁴ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁴⁵ *Idem.*

¹⁰⁴⁶ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

enmienda vulnera el derecho de libertad de asociación y el derecho de participación en los asuntos públicos de su gobierno. Los quejosos argumentaron que los requerimientos para formar un partido político eran onerosos, por ejemplo, un partido político debe tener cierta cuota de números por regiones, también debe tener miembros no sólo de Mainland sino además de Zanzibar. De esta manera, no se puede disfrutar del ejercicio de los derechos políticos a menos que se pertenezca a un partido político.¹⁰⁴⁸

Por su parte, el Estado demandado señaló que la prohibición de candidaturas independientes es un camino para evitar una libertad absoluta e incontrolada, la cual puede traer anarquía y desorden, así, la prohibición es necesaria para una buena gobernabilidad y unidad, aún más, para el demandado, la restricción de la figura de candidaturas independientes para posiciones de liderazgo del gobierno es necesaria para la seguridad nacional, defensa, orden público, paz pública y moralidad. De la misma forma, el Estado argumentó que los requisitos para el registro de un partido político, por ejemplo, la obligación de incluir una representación regional, eran indispensables para evitar el tribalismo.¹⁰⁴⁹

En torno a la alegada discriminación que dicen haber sufrido los quejosos, el Estado demandado indicó que las relevantes enmiendas constitucionales no fueron dirigidas a un individuo en particular, pues aplican de la misma forma a todos los ciudadanos de Tanzania, por lo que las mismas no son discriminatorias.¹⁰⁵⁰

Finalmente, respecto a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, el demandado argumentó que presentarse como candidato para una posición política era un asunto referente a una ambición personal, por lo que nadie es forzado a hacerlo si no lo desea, por lo que hace al segundo quejoso (Christopher R. Mtikila), el demandado señaló que dicho señor nunca ha sido impedido para participar en la política, pues él pertenece a un partido

¹⁰⁴⁸ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

¹⁰⁵⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 33.

político y ha sido presentado como candidato para el puesto de Presidente pero ha perdido. Por todo ello, el Estado demandado solicitó que la Corte Africana desestimara las quejas presentadas.¹⁰⁵¹

Ahora bien, referente a la decisión de la Corte Africana sobre los méritos del asunto, la misma indicó (a propósito del derecho a participar libremente en el gobierno de un país) que los quejosos afirmaron que la sentencia de la Corte de Apelación de Tanzania, los artículos 39, 47, 67 y 77 de la Constitución de la República Unidad de Tanzania y la Ley número 7 de 2002 de las autoridades locales (las cuales en su conjunto requieren que los candidatos para las elecciones presidenciales, parlamentarias y de los gobiernos locales, sean miembros o estén apoyados por un partido político), constituyen una violación a los artículos 2, 10 y 13 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como a los artículos 3 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁰⁵²

En concreto, sobre la alegada violación al artículo 13 de la Carta Africana, la Corte analizó críticamente el citado precepto, para lo cual recordó que el mismo consagra el derecho de participar libremente en el gobierno de su país a todos los ciudadanos, lo cual pueden efectuar directamente o a través de representantes elegidos libremente.¹⁰⁵³

A todo esto, para la Corte era imperativo indicar que los derechos garantizados en el artículo 13 de la Carta Africana eran derechos individuales, los mismos no debían ser destinados a su disfrute sólo en asociación con otras personas o grupos de personas, como sería un partido político, por lo tanto, en una queja como la que se analizaba, lo que era de supremo significado fue determinar si un derecho individual había sido puesto en peligro o no, en otras palabras, si había sido vulnerado y no si los grupos podrían disfrutar o no de este derecho individual.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁵³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁵⁴ *Idem*.

Bajo este escenario para la Corte, en vista de la patente claridad de los términos del artículo 13 de la Carta Africana, el cual les otorga a los ciudadanos la opción de participar en el gobierno de su país directamente o mediante representantes, el requerimiento de que un candidato debe pertenecer a un partido político antes de que sea habilitado para participar en el gobierno de Tanzania, ciertamente deroga los derechos consagrados en el citado precepto.¹⁰⁵⁵

Pese a ello, la Corte identificó que el disfrute de dicho derecho puede ser restringido conforme al artículo 27.2 de la Carta Africana, el cual indica que los derechos y libertades de cada persona deben ser ejercidos con la debida atención de los derechos de los otros, de la seguridad colectiva, moralidad e intereses comunes. Aún más, se debe considerar la obligación que establece el artículo 29.4 de la Carta a todas las personas, referente a preservar y fortalecer la solidaridad nacional y social, particularmente cuando es amenazada, los cuales, según la Corte, son también límites para el disfrute del derecho de participar libremente en el gobierno de su país.¹⁰⁵⁶

De esta forma, la Corte recordó que el Estado demandado con base en dichas restricciones, argumentó que las mismas llaman a asistir al principio de necesidad basado en las necesidades sociales de las personas de Tanzania, para lo que la Corte se preguntó ¿cuáles son estas necesidades sociales? en respuesta a dicha interrogante, presentada por la Corte durante la audiencia del caso, el demandado indicó que las circunstancias prevalecientes en Tanzania demandaron que sea mantenida la prohibición de candidaturas independientes.¹⁰⁵⁷

En particular, de acuerdo con el Estado demandado, la restricción es a la luz de la estructura de la Unión, la República Unida de Tanzania que comprende Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar. Asimismo, el Estado afirmó que la restricción sobre que deben ser por lo menos un número mínimo de miembros

¹⁰⁵⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰⁵⁷ *Idem*.

de un partido de Mainland y de Zanzibar era justificable y los requisitos que deben ser reunidos con respecto al registro de partidos políticos han resultado en la inexistencia del tribalismo en Tanzania. Bajo este sendero, el demandado expresó que la ley simplemente fijó el procedimiento para el ejercicio del derecho pero no lo restringió, así el procedimiento solamente establece un mínimo de obligaciones que deben ser atendidas para disfrutar de los derechos políticos, las cuales son razonables.¹⁰⁵⁸

Cabe resaltar que el Estado demandado, a fin de sustentar su postura, hizo referencia al caso *Castañeda Gutman vs México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto, el demandado reiteró la posición de la Corte de Apelación en la apelación civil número 45 de 2009, la cual fue similar a la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs México*, del 6 de agosto de 2008, misma que fijó el criterio respecto a que la decisión de introducir las candidaturas independientes depende de las necesidades sociales de cada Estado conforme a su histórica realidad. De esta manera, el demandado citó algunos párrafos de la sentencia del caso *Castañeda*, en los cuales la Corte Interamericana reconoció que el Estado mexicano había justificado que la restricción del registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos, respondía a las necesidades sociales basadas en los diversos escenarios históricos, políticos y sociales, lo que implicaba que la necesidad de crear y desarrollar el sistema de partidos se debía a una realidad política e histórica de México.¹⁰⁵⁹

En este sentido, para el Estado demandado la realidad histórica y social de Tanzania demandó la prohibición de las candidaturas independientes, en el contexto de una democracia de multi-partidos, la cual fuera introducida de nueva cuenta en los comienzos de la década de los noventa, tales provisiones fueron proclamadas en el tiempo en que Tanzania era una

¹⁰⁵⁸ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

democracia joven y era indispensable que el sistema de multi-partidos fuera fortificado.¹⁰⁶⁰

Pues bien, en aras de aproximarse a la solución del asunto, la Corte Africana aludió que la jurisprudencia relativa a las restricciones en el ejercicio de los derechos, ha desarrollado el principio que indica que las mismas deben ser necesarias en una sociedad democrática, asimismo, que deben ser razonablemente proporcionales con los objetivos legítimos que se buscan alcanzar. En este contexto, los quejosos han establecido que existió *prima facie* una violación a un derecho, por su parte, el Estado demandado argumentó que el derecho ha sido legítimamente restringido por la ley, para lo cual se ha proporcionado evidencia que la afectación busca uno de los propósitos reconocidos en el artículo 27.2 de la Carta Africana.¹⁰⁶¹

En el desarrollo de su argumentación, la Corte Africana aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana, en las cuales la misma ha establecido que las razones legítimas para limitar los derechos y libertades de la Carta Africana, sólo han sido señaladas en el artículo 27.2 de dicha Carta. Aún más, que después de evaluar si la restricción se realiza a través de una ley de aplicación general, la Comisión debe aplicar el test de proporcionalidad, con el cual se pondera el impacto, naturaleza y extensión de la limitación del derecho contra el interés legítimo del Estado de obtener un objetivo específico. Así, el interés legítimo debe ser proporcional y absolutamente necesario para las ventajas que se buscan conseguir.¹⁰⁶²

Por otro lado, la Corte Africana hizo referencia en su argumentación a criterios similares emitidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, en concreto citó el caso *Handyside vs United Kingdom*, aplicación número 5493/72, sentenciada en 1976, en el cual el Tribunal de Estrasburgo señaló que la idea de sociedad democrática significa, entre otras cosas, que toda

¹⁰⁶⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁶² Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 40.

formalidad, condición, restricción o penalidad impuesta debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido.¹⁰⁶³

Tal criterio fue reafirmado por la Corte Europea en el caso *Gillow vs United Kingdom*, aplicación No 9063/80, resuelta en noviembre de 1986, en el mismo, la Corte señaló que la idea de necesidad en una sociedad democrática conlleva una urgente necesidad social, en concreto, la medida ocupada debe ser proporcional al objetivo legítimo buscado, en adición, el alcance del margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales, dependerá no sólo de la naturaleza del objetivo de la restricción, sino también de la naturaleza del derecho involucrado.¹⁰⁶⁴

Siguiendo con la referencia a los criterios del Tribunal de Estrasburgo, la Corte Africana resaltó que aquél, concerniente a la necesidad social, ha indicado que no sólo verifica si el Estado aplicó el principio del margen de apreciación de buena fe, sino también avalúa si las razones dadas son relevantes y suficientes, como lo ha especificado en el caso *Olsson vs Sweden*, aplicación número 10465/83 de marzo de 1988.¹⁰⁶⁵

Al mismo tiempo, la Corte Africana resaltó la jurisprudencia de su homologa europea decretada en el caso *Sporrong and Lonnroth vs Sweden*, aplicaciones 7151/75 y 7152/75 J, resueltas en septiembre de 1982, en las cuales el Tribunal de Estrasburgo evaluó si la interferencia respectiva era proporcional al objetivo legítimo, al hacerlo, debía determinar si el equilibrio justo fue alcanzado entre las demandas de los intereses generales de la sociedad y los requisitos de la protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁶⁶

Por otro lado, la Corte Africana también recurrió a la jurisprudencia sobre la materia emitida por la Corte Interamericana, así, destacó que ésta a fin de determinar si la restricción a los derechos es legal, se guía por los artículos 30 y 32.2 del Pacto de San José, los que fijan el alcance de las restricciones a los

¹⁰⁶³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰⁶⁵ *Idem*.

¹⁰⁶⁶ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

derechos humanos, en particular, el artículo 30 señala que las restricciones a los derechos no serán aplicadas, salvo que sean acordes con las leyes promulgadas por razones de interés general y en concordancia con el propósito por el cual tales restricciones fueron establecidas, por su parte, el artículo 32.2 esboza que los derechos de cada persona son limitados por los derechos de otros, la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.¹⁰⁶⁷

De esta forma, la Corte Africana identificó que para su homologa interamericana, una restricción a los derechos es autorizada sólo si tiene como base la ley y si la misma es compatible con el Pacto de San José. Así, la Corte Interamericana requiere que las restricciones sean legales y legítimas, como se ha establecido en el caso Baena Ricardo y otros vs Panama, sentencia de febrero de 2001.¹⁰⁶⁸

Con base en todo lo señalado, la Corte Africana concluyó que estaba de acuerdo con los criterios de la Comisión Africana, referentes a que las limitaciones de los derechos y libertades en la Carta son sólo los establecidos en el artículo 27.2 de la misma y que tales restricciones deben tomar la forma de una ley de aplicación general, además, de que las mismas deben ser proporcionales con el objetivo legítimo perseguido por la limitación. El anterior criterio, fue similar a la aproximación de la Corte Europea, la cual precisa una determinación sobre si el equilibrio justo se estableció entre las demandas del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁶⁹

Bajo este escenario, señaló la Corte Africana que el artículo 27.2 de la Carta permite restricciones a los derechos y las libertades de las personas sólo sobre la base de los derechos de otros, la seguridad colectiva, moralidad y el interés común. Las necesidades de las personas de Tanzania, a los cuales los derechos están sujetos, deben ir en línea y relacionadas con los deberes de las

¹⁰⁶⁷ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁶⁸ *Idem.*

¹⁰⁶⁹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 43.

mismas, fijados en el artículo 27.2 de la Carta, el que requiere consideraciones sobre seguridad, moralidad, intereses comunes y solidaridad.¹⁰⁷⁰

Así, para los jueces africanos, no existieron argumentos del demandado que demostraran que las restricciones en el ejercicio del derecho de libre participación en el gobierno de su país (por la prohibición de las candidaturas independientes) se ubique en las restricciones permisibles establecidas en el citado artículo 27.2 de la Carta Africana, en cualquier evento, la restricción en el ejercicio del derecho a través de la prohibición de la candidatura independiente no fue proporcional con el alegado objetivo de fomentar la unidad y la solidaridad.¹⁰⁷¹

Al mismo tiempo, la Corte Africana destacó que el Estado demandado confió ampliamente en el caso *Castañeda Gutman vs México*, en el cual la Corte Interamericana encontró que las personas tienen otras opciones si ellos desean buscar una oficina pública electoral, por lo que, además de ser miembros y estar respaldados por un partido político, pueden ser promovidos por un partido político, sin ser miembros del mismo y también pueden formar un propio partido político esencialmente desde que los requisitos para hacerlo no son complejos. A todo esto, para la Corte Africana, en el caso en estudio, los ciudadanos de Tanzania sólo pueden buscar una oficina electoral si son miembros o son promovidos por los partidos políticos, por lo que no existe otra opción disponibles para ellos.¹⁰⁷²

¹⁰⁷⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁷¹ *Idem.*

¹⁰⁷² Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 44. Este argumento de los jueces africanos fue fundamental para el sentido de la decisión, pues con el mismo se puso de manifiesto la debilidad del argumento expuesto por el demandado con el cual, utilizando los criterios emitidos por la Corte Interamericana en el caso *Castañeda Gutman*, pretendía justificar la prohibición de las candidaturas independientes en Tanzania. Sobre esto, recuérdese que la Corte Interamericana para concluir que México no había vulnerado el artículo 23 del Pacto de San José, argumentó que el registro de candidatos a elección popular exclusivamente vía partidos políticos respondía a necesidades sociales sustentadas en razones históricas, políticas y sociales de México, véase Pelayo Möller, Carlos María y Vázquez Camacho, Santiago, “El caso *Castañeda* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, pp. 791-812 (p. 805), disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/311/545>, página consultada el 1 de enero de 2018.

En otro orden de ideas, los jueces africanos aludieron a la Observación General número 25, sobre el derecho de participar en asuntos públicos, derechos de voto y derecho a un igual acceso al servicio público, emitida por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se señaló que el derecho de las personas para postularse en las elecciones, no debe ser limitado excesivamente, requiriendo a los candidatos que sean miembros de partidos, si a un candidato se le solicita tener un número mínimo de partidarios para su nominación, el requisito debe ser razonable y no debe operar como una barrera para la candidatura.¹⁰⁷³

La Corte Africana manifestó su acuerdo con dicha Observación General, misma que es una declaración interpretativa del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual refleja el espíritu del artículo 13 de la Carta Africana misma que, en concordancia con el artículo 60 de dicha Carta, es un instrumento adoptado por las Naciones Unidas sobre derechos humanos, del cual la Corte Africana puede obtener una inspiración para la interpretación de la Carta Africana.¹⁰⁷⁴

Por otro lado, la Corte Africana identificó que la limitación impuesta por el demandado debe ser consistente con los estándares internacionales, en particular, en línea con el principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala que un Estado parte no puede invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para incumplir los tratados.¹⁰⁷⁵

En otro sentido, el demandado confió en el artículo 13 de la Carta Africana, en torno a que el disfrute de los derechos debe estar en concordancia con la ley, en particular, con el derecho nacional del demandado, a todo esto, para la Corte Africana, las limitaciones establecidas por las leyes nacionales no deben negar lo que claramente expresan las disposiciones de la Carta Africana. Más aún, habiendo ratificado la misma el Estado demandado, éste tiene una

¹⁰⁷³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

¹⁰⁷⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 45.

obligación de hacer leyes en línea con las intenciones y propósitos de la Carta Africana, en concreto, para la Corte si bien se pueden promulgar leyes para el goce y disfrute de los derechos, las mismas no deben permitir la anulación de los derechos y libertades que están regulando.¹⁰⁷⁶

Bajo este sendero, toda ley que requiera que un ciudadano sea parte de un partido político, antes de que pueda convertirse en un candidato presidencial, se tornaría un collar innecesario que denegaría el derecho de participación directa de los ciudadanos, lo que equivaldría a una violación.¹⁰⁷⁷

Por todo ello, la Corte Africana encontró una violación al derecho de participar libremente en el gobierno del país en las elecciones presenciales, parlamentarias y locales de Tanzania, en virtud de que se debe pertenecer a un partido político, así, se impide a los ciudadanos de Tanzania participar libremente en el gobierno de su país directamente o a través de representantes elegidos libremente.¹⁰⁷⁸

Ahora bien, por lo que hace a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, la Corte Africana recordó que los quejosos asumieron que la restricción que exige una afiliación a un partido político, ha dañado la libertad de asociación de los ciudadanos de Tanzania que desean participar en política. En opinión de la Corte, la libertad de asociación es negada si una persona es forzada a asociarse con otros, la libertad de asociación es también vulnerada si otras personas son forzadas a unirse con otras, en otras palabras, la libertad de asociación implica la libertad de asociarse y la libertad de no asociarse.¹⁰⁷⁹

De esta manera, la Corte encontró que los requisitos de que las personas pertenezcan o sean apoyadas por un partido político, en la búsqueda de las elecciones para el puesto del gobierno presidencial, parlamentario y local, ha vulnerado el derecho de libertad de asociación, porque las personas son

¹⁰⁷⁶ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁰⁷⁸ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, pp. 47, 48 y 49.

obligadas a unirse o formar parte de una asociación antes de que busquen los puestos de elección popular.¹⁰⁸⁰

Finalmente, la Corte no estuvo conforme con el argumento del demandado sobre que las necesidades sociales de Tanzania, constituían las excepciones de los artículos 29.4 y 27.2 de la Carta Africana, las cuales justificaban la limitación del derecho de libertad de asociación.¹⁰⁸¹

Por lo que hace al derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad, la Corte Africana recuerda que los quejosos alegaron que las provisiones constitucionales, que prohíben las candidaturas independientes, tienen un efecto discriminatorio contra la mayoría de los ciudadanos de Tanzania, por lo que vulneran el derecho a no sufrir discriminación consagrado en el artículo 2 de la Carta Africana, así, los reclamantes argumentaron que aunque la prohibición legal de candidaturas independientes se aplica a todos los ciudadanos por igual, la misma tiene un efecto discriminatorio porque sólo los miembros o los que están respaldados por los partidos políticos pueden buscar la elección a puestos en la Presidencia, parlamento o los gobiernos locales.¹⁰⁸²

En este sentido, para la Corte Africana los quejosos alegaron una discriminación proveniente de enmiendas constitucionales, entre los ciudadanos que pertenecen a un partido político y los que no pertenecen, pues los primeros sí pueden contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales, mientras que a los segundos no les está permitido. En este entendimiento, el derecho a no ser discriminado está relacionado con el derecho a igual protección ante la ley, mismo que se encuentra garantizado por el artículo 3.2 de la Carta Africana, que establece que todo individuo debe ser nombrado con igual protección de la ley.¹⁰⁸³

A la luz del artículo 2 de la Carta Africana, la alegada discriminación debe estar relacionada con una distinción basada en opiniones políticas o de

¹⁰⁸⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁸¹ *Idem.*

¹⁰⁸² *Ibidem*, pp. 49 y 50.

¹⁰⁸³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

cualquier otro tipo. Para justificar la diferencia de trato entre los ciudadanos de Tanzania, el demandado había mencionado e invocado la existencia de necesidades sociales de las personas de Tanzania sustentada, *inter alia*, en la estructura particular del Estado (unión entre Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar) y la historia del país, todos lo cuales requerían una construcción gradual de una democracia plural en unidad.¹⁰⁸⁴

Por lo anterior, surgió la pregunta sobre si los motivos invocados por el demandado, en respuesta a la diferencia de trato establecida con las enmiendas constitucionales reclamadas, eran pertinentes, en otras palabras, razonables y legítimas. Para la Corte, los motivos expresados para respaldar la diferencia de trato, no podían legitimar las restricciones introducidas por la reforma constitucional, al derecho de participación en el gobierno del país y al derecho a no ser obligado a ser parte de una asociación. De modo que, en opinión de los jueces africanos, los motivos de justificación no pudieron legitimar las restricciones de no ser discriminado y del derecho de igualdad ante la ley, por lo que la Corte concluyó que existió una violación a los artículos 2 y 3.2 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.¹⁰⁸⁵

Tal determinación judicial, se comprende muy bien a la luz de la idea teórica que se ha desarrollado inicialmente por el autor Humberto Ávila en Brasil, la cual señala que la promoción de finalidades constitucionales tienen un límite, mismo que es proporcionado por el postulado de la prohibición del exceso, a veces identificado como una de las gradas del principio de proporcionalidad, el postulado de prohibición de exceso se manifiesta en cualquier contexto en el que se busque restringir un derecho humano, el mismo impide que se afecte excesivamente cualquier derecho, esto es, que se limite sobremanera.¹⁰⁸⁶

Sobre la presunta violación al Estado de derecho, el segundo quejoso argumentó que al iniciar el gobierno una enmienda constitucional para resolver

¹⁰⁸⁴ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁸⁵ *Idem.*

¹⁰⁸⁶ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 131.

una disputa legal que estaba pendiente en los tribunales, se buscó anular la sentencia judicial del tema, por lo que el demandado, al decir del quejoso, abusó del proceso de enmienda constitucional, vulnerando el principio de Estado de derecho.¹⁰⁸⁷

Ahora bien, el demandado mostró que el gobierno de Tanzania, se ha adherido completamente a los principios de Estado de derecho, separación de poderes e independencia judicial, como se preve en la Constitución de la República Unida de Tanzania. Así, en respuesta al argumento del segundo reclamante, respecto a que la Décima Primera enmienda constitucional violó el Estado de derecho, para el demandado el proceso de revisión y reforma constitucional no fue un fenómeno nuevo en Tanzania, ya que la Constitución del país, que ha sido modificada catorce veces, en su artículo 98.1, preve que puede ser reformada en cualquier momento cuando las necesidades lo requieran, las cuales ocurrieron en 1994, derivado de lo cual, la presunta violación del principio de Estado de derecho no se presentó.¹⁰⁸⁸

A todo esto, para la Corte Africana el concepto de Estado de derecho es un principio que abarca todo, por otro lado, la queja de los reclamantes en torno a que dicho principio ha sido vulnerado, no está relacionada con un derecho en concreto, por lo que, la Corte encontró que la alegada violación no se presentó en el caso en cuestión.¹⁰⁸⁹

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentos expuestos, los jueces africanos, por mayoría de votos, sentenciaron lo siguiente: a) que el Estado demandado violó los artículos 2, 3, 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (derecho a no ser discriminado, igualdad ante la ley, libertad de asociación y derecho a participar libremente en el gobierno) en perjuicio de los reclamantes, b) que el demandado debía tomar directamente las medidas constitucionales, legislativas y cualquier otra que sea necesaria, dentro de un tiempo razonable, para remediar las violaciones

¹⁰⁸⁷ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁸⁸ *Idem.*

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

encontradas por la Corte, así como informar sobre las medidas a la Corte, c) otorgar permiso al segundo quejoso, para que envíe su solicitud de reparaciones dentro del plazo de 30 días, asimismo, para que el demandado presente la réplica de las mismas, dentro de los 30 días posteriores a la recepción de aquéllas, y d) que cada parte debe cubrir sus propios gastos y costos del juicio.¹⁰⁹⁰

4.- Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Del estudio del caso “candidaturas independientes”, se pueden desprender diversos criterios de fiscalización de la argumentación, los cuales si bien no se identificaron de forma expresa por los jueces africanos, si constituyeron un parámetro de calificación del proceso argumentativo expuesto por la Corte Africana.

Antes de exponer los criterios de evaluación utilizados por dicha Corte, cabe hacer dos presiones relevantes para la comprensión del tema, por un lado, que la Corte Africana ha seguido las tendencias universales de varias cortes constitucionales e internacionales de recurrir a los parámetros de evaluación de la argumentación desarrollados por el autor alemán Robert Alexy (como lo hemos podido observar con el estudio de diversos casos en la presente investigación), lo cual resulta llamativo, derivado del alcance que ha tenido dicho autor occidental en el continente africano, por otro lado, que los jueces africanos, como sus homólogos europeos e interamericanos, omitieron presentar un esquema de justificación de los criterios o teorías de la argumentación utilizadas en su sentencia, circunstancia que, en nuestra opinión, afecta la corrección de la decisión, en efecto, se trata de un problema general, que se ha observado en diversas cortes nacionales e internacionales, que debe ser identificado y atendido en el corto plazo, si se quiere contribuir realmente con el desarrollo del proceso de toma de decisiones en asuntos considerados paradigmáticos.

Pues bien, con independencia de las presiones aludidas, del estudio del caso “candidaturas independientes”, se puede desprender que la Corte

¹⁰⁹⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

Africana utilizó los siguientes criterios de evaluación de la argumentación, a fin de defender, en cierta forma, la corrección de la decisión emitida:

- Criterio de jurisprudencia comparada.
- Criterio de necesidad.
- Criterio de proporcionalidad en sentido estricto.
- Criterio de la sociedad democrática.
- Criterio de interpretación no jurisprudencial.

Sobre el criterio de jurisprudencia comparada, se destaca que la Corte Africana recurrió al mismo en diversos momentos, en particular, para sustentar su postura en torno a dos cuestiones, en primer lugar, a fin de defender que los quejosos sí habían agotado todos los recursos internos previo a recurrir a su jurisdicción, para ello, como se recordara, esbozó el caso *Velásquez-Rodríguez vs Honduras* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso *Akdivar and Others vs Turkey* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en los cuales se precisó el sentido de la figura del agotamiento de recursos internos. Por ello, se apreció que la Corte Africana calificó como correcta su determinación sobre la improcedencia de las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, ya que dicha determinación era consistente con la jurisprudencia comparada, en otras palabras, porque lograba acreditar dicho parámetro de evaluación.

En segundo lugar, para sustentar cómo debían efectuarse, de forma legítima y equilibrada, las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, para lo cual la Corte Africana justificó sus posiciones en la jurisprudencia emitida en los casos *Handyside vs United Kingdom*, *Gillow vs United Kingdom* y *Sporrong and Lonnroth vs Sweden* del Tribunal de Estrasburgo, así como en la jurisprudencia emitida en el asunto *Baena Ricardo y otros vs Panama* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo lo cual, sirvió para evaluar el sentido de la sentencia de la Corte Africana, en torno a que el Estado demandado había restringido inadecuadamente los derechos humanos de los reclamantes.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, cabe esbozar que la Corte Africana lo retomó de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la cual como se sabe, se explica bajo el principio de proporcionalidad, mismo que contiene el subprincipio de necesidad, que exige, en palabras de Alexy, que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho humano afectado¹⁰⁹¹ o, como se pregunta el autor Ávila ¿entre los medios disponibles e igualmente adecuados para promover el fin, no hay otro menos perjudicial de los derechos fundamentales afectados?¹⁰⁹²

De esta forma, los jueces africanos recurrieron a dicho principio de necesidad para sustentar su postura respecto a la incorrección de las restricciones a los derechos humanos de los quejosos, en particular, para sustentar el postulado de que las restricciones alegadas no eran necesarias para el objetivo estatal que se buscaba obtener por parte del demandado (unidad, seguridad y orden en Tanzania, por mencionar sólo algunos), derivado de lo cual, las limitaciones a los derechos eran inadecuadas, al no poder superar este criterio de corrección de la argumentación.

Sobre el criterio de proporcionalidad (en sentido estricto), se precisa que el mismo también fue obtenido de los postulados de Alexy, el cual, se puede representar con la ley de ponderación, que indica cuanto mayor sea el grado de afectación de un derecho, tanto más relevante es la satisfacción del otro derecho o principio,¹⁰⁹³ dicho principio de proporcionalidad en sentido estricto debe responder a la pregunta ¿las ventajas para promover el fin se corresponden con las desventajas generadas por la adopción de la medida?, en otros términos, las ventajas de la utilización de la medida deben rebasar o superar las desventajas generadas sobre el derecho humano intervenido.¹⁰⁹⁴

Bajo este sendero, la Corte Africana recurrió a dicho criterio de proporcionalidad en sentido estricto para demostrar, como se indicó en el

¹⁰⁹¹ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit. p. 41.

¹⁰⁹² Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁹³ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales...*, cit., p. 58.

¹⁰⁹⁴ Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

análisis de la argumentación y sentencia del caso, que la restricción al derecho humano de libre participación en el gobierno del país (mediante la prohibición de las candidaturas independientes), no fue razonablemente proporcional con el objetivo perseguido por el demandado de fomentar la unidad, orden y solidaridad en Tanzania, para lo cual, se destaca que la Corte recurrió a la jurisprudencia del tema emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos caso Handyside vs United Kingdom, Gillow vs United Kingdom y Sporrang and Lonroth vs Sweden, así como a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos. En suma, al no haber podido acreditar el criterio de proporcionalidad (el demandado), se tuvo que la restricción era inconvencional, por lo que debía restituirse en sus derechos a los quejosos.

Respecto al criterio de la sociedad democrática, para empezar, se resalta que toda sociedad democrática es el marco institucional y cultural que permite lograr el efectivo disfrute de los derechos humanos políticos, siguiendo a Dahl, la democracia no es sólo una forma de gobierno, ya que los derechos son necesarios para las instituciones políticas democráticas, la democracia es, por definición, un sistema de derechos, más aún, ningún sistema no democrático posibilita a sus ciudadanos un esquema tan amplio de derechos políticos y si lo logra, se convertiría, por ese hecho, en una democracia.¹⁰⁹⁵

Por ello, se observa que el criterio de la sociedad democrática es relevante para la calificación de toda argumentación, en el caso en cuestión, se tuvo que el mismo fue aplicado por los jueces africanos para sustentar la postura (prevaliente en la jurisprudencia) sobre que toda restricción a los derechos humanos debe ser necesaria en el marco de una sociedad democrática, de esta forma, la Corte Africana retomó el concepto de sociedad democrática elaborado por el Tribunal de Estrasburgo, para el cual, la misma conlleva que toda restricción debe ser proporcional al fin perseguido por la medida respectiva. Como se puede observar, tal criterio guarda mucha relación con los principios de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, ya que los

¹⁰⁹⁵ Dahl, Robert A., *Sulla democrazia.*, tercera edición, trad. de Cristiana Paternò, Italia, Laterza, 2010, pp. 52 y 53. Traducción propia.

mismos se desenvuelven, necesariamente, en las sociedades democráticas actuales, como ya lo ha apuntado la Corte Europea de Derechos Humanos.

En suma, el criterio de la sociedad democrática, fue utilizado por la Corte Africana para presentar y robustecer su postura respecto a que las limitaciones a los derechos políticos de los quejosos, no encontraban sustento en el contexto de la sociedad de Tanzania, por lo que era procedente eliminar la prohibición de acceso a las candidaturas independientes, a fin de que todos los ciudadanos de Tanzania pudieran contender en las elecciones, sin necesidad de estar afiliados o respaldados por algún partido político.

Finalmente, sobre el criterio de interpretación no jurisdiccional, la Corte lo utilizó para sustentar su postura en torno a que no deberían prohibirse las candidaturas independientes por el demandado, para ello, aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos, en las cuales se resalta la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad al momento de establecer restricciones a los derechos humanos, las cuales además deben estar establecidas en una norma general, en sentido similar, la Corte recurrió a criterios emitidos por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos), en los cuales se manifestó que el derecho de sufragio pasivo, no debe ser restringido excesivamente, mediante requisitos especiales, como por ejemplo, el ser miembro de un partido político.

De esta manera, la Corte Africana compartió y adoptó tales interpretaciones no jurisdiccionales, las cuales asumió como inspiración para respaldar su sentencia, así, se observa que resultó muy útil este parámetro de calificación de la argumentación, el cual, como hemos podido observar, contribuyó a evaluar como correcto el sentido de la decisión de los jueces africanos, al estar respaldado, entre otros elementos, por las interpretaciones esbozadas por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el ahora Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación aplicados, la decisión de la Corte Africana en el caso

“candidaturas independientes” puede calificarse como correcta y adecuada, al menos bajo los cinco parámetros de evaluación utilizados, ya que el sentido de la decisión sobre la inconvencionalidad de la prohibición de las candidaturas independientes, logró respaldarse mediante un esquema de fiscalización relativamente amplio, mismo que aportó elementos valiosos para la justificación de la decisión adoptada por los jueces africanos, que puede ser una inspiración para la toma de decisiones por parte de otros tribunales de derechos humanos.

XI.- Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional

Para comenzar, se destaca que el análisis de los tres casos prácticos conocidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, fue útil para la presente investigación, ya que nos mostró las tendencias actuales que están aplicando los tribunales internacionales en la solución de colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido, en particular, los parámetros que están usando para calificar y evaluar sus esquemas argumentativos.

Ahora bien, desde una posición reflexiva, del estudio de los tres casos prácticos, se desprende que los jueces internacionales, cuando utilizaron los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, al igual, que los jueces constitucionales, omitieron justificar la elección de dicha teoría, lo que se estima inadecuado e incomprensible, pues todo elemento, criterio o postulado científico a utilizarse en la justificación de las decisiones judiciales, debe necesariamente estar respaldado por diversas razones, ello, parafraseando a Dworkin, si queremos tomarnos realmente en serio los procesos argumentativos. Volveremos sobre este punto en la parte final del presente trabajo.

A todo esto, se tiene que los criterios sobre la corrección de la argumentación encontrados en la justicia internacional son los siguientes:

- De los fines legítimos.

- Necesidad.
- Económico.
- Razonabilidad.
- Argumentación exhaustiva.
- Internacional.
- Del derecho comparado interamericano.
- Jurisprudencia comparada.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- De la sociedad democrática.
- Interpretación no jurisprudencial.

Como se puede observar, al igual que en los casos constitucionales estudiados, en la justicia internacional prevalecieron los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación del autor alemán Robert Alexy, por ejemplo, se resalta que los jueces internacionales aludieron al criterio de razonabilidad (que se manifiesta en el principio de proporcionalidad), así como a sus subprincipios, esto es, de idoneidad (por lo que hace a los fines legítimos que lo explican), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Derivado de lo cual, se identifica una preferencia global en los postulados de Alexy, lo cual no se comprende, ya que existe una pluralidad de teorías en torno a la toma de decisiones judiciales, igualmente idóneas y estructuradas que deberían ser aplicadas en los casos prácticos que así lo justifiquen, de modo que, este trabajo busca, además, generar cierta conciencia en los operadores jurídicos sobre el abanico de posibilidades teóricas que existen sobre la justificación judicial, más allá del principio de proporcionalidad tan difundido y aplicado en el contexto nacional.

En otro orden de ideas, se precisa que los criterios de evaluación de la justicia internacional no son novedosos, pues aluden a consideraciones y elementos ampliamente conocidos, que no representan un avance significativo en el proceso argumentativo, así, se tiene que los parámetros de

argumentación exhaustiva, jurisprudencia comparada y de interpretación no jurisprudencial, son aplicados de forma, casi rutinaria, en las cortes de diversas partes del mundo (por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México), con todo, se reconoce el esfuerzo que realizaron los jueces internacionales para respaldar sus argumentos, pero debemos exigirles y exigirnos más, ya que la posible restricción a los derechos humanos, que se puede decretar mediante una sentencia, nos presenta grandes desafíos que debemos asumir de manera creativa, reflexiva y humanista, sobre esto, regresaremos en la parte final de la presente investigación.

En sentido similar, se observa que los criterios de evaluación de la justicia internacional son limitados, pues cada corte regional de derechos humanos se conformó con utilizar entre tres y cinco parámetros de calificación, en particular, el Tribunal de Estrasburgo sustentó su argumentación en tres criterios, la Corte Interamericana en cuatro y la Corte Africana en cinco criterios, con todo, los tres tribunales internacionales abordaron los postulados de Alexy (sin que justificaran su aplicación al caso concreto), a todo esto, se esperaba que los jueces internacionales hubieran presentado un esquema más amplio y complejo de evaluación de su argumentación en sus sentencias, lo cual no aconteció.

Finamente, se precisa que derivado de las reflexiones críticas expuestas sobre los parámetros de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional, sabemos ahora que los mismos requieren ser ampliados y perfeccionados, así pensamos que el ejercicio crítico fue útil para dirigir nuestro esfuerzo en diseñar un esquema de evaluación de la argumentación, más extenso y comprometido con las necesidades sociales y jurídicas actuales en torno al proceso de toma de decisiones que involucren afectaciones a los derechos humanos. De esta forma, podemos afirmar que hemos identificado algunas tendencias clave en la justicia internacional sobre el tema, que operará como nuestro borrador para perfeccionar y desarrollar las vigentes teorías de la argumentación jurídica, en particular, los criterios de fiscalización del razonamiento que las mismas utilizan, ejercicio que emprenderemos en los siguientes puntos de nuestra investigación.

XII.- Referencia inicial a la comprobación de la hipótesis general de la investigación

En este nivel de la investigación, ya estamos en posibilidad de abordar la comprobación o no de la hipótesis planteada en la parte introductoria del presente trabajo, previamente a ello, se destaca que la posible no verificación de la misma, no implicaría desechar totalmente el presente trabajo, pues como lo hemos señalado, ya sería útil para la ciencia del derecho el no poder comprobar la hipótesis planteada, pues nos mostraría que camino no deben seguir futuras investigaciones a fin de resolver el problema planteado al inicio de nuestra investigación, a saber, la necesidad de mejorar el proceso de evaluación de la argumentación en la justicia constitucional de nuestro país y justificar la elección de las teorías de la argumentación a utilizar en las decisiones judiciales.

Ahora bien, recordando que la hipótesis fue una respuesta tentativa a la problemática planteada y que para la formulación de la misma, fuimos impulsados por nuestra curiosidad e intuición, pues no contábamos con una investigación previa,¹⁰⁹⁶ cabría recordar que la hipótesis general fue formulada en los siguientes términos:

Si en México se deben mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y justificar la elección de las teorías de la argumentación a aplicar, entonces del análisis de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional, se identificarán diversos parámetros que servirán como prototipos y guías a implementar para la calificación de la argumentación desplegada en casos sobre derechos humanos de nuestro país, así como para la elección de teorías de la argumentación jurídica.

En este sentido, se puede esbozar, de forma inicial, que sí se logró comprobar dicha hipótesis, en lo que respecta a la identificación de diversos

¹⁰⁹⁶ Para la redacción de este párrafo, se recurrieron a las ideas plasmadas por Jorge González en González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, México, Tirant lo Blanch e Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 66.

criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional de España y Colombia, así como de las cortes regionales de derechos humanos (europea, interamericana y africana), criterios que, desde luego, pueden ser utilizados como guías para la calificación de la argumentación jurídica esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país, así, contrariamente a lo que se podría pensar, sí se ubicaron algunos parámetros para calificar la corrección del proceso de toma de decisiones sobre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido.

Con todo, se señala que se trata de una comprobación inicial y parcial de la hipótesis planteada, ya que la misma necesita sustentarse en otros parámetros científicos de verificación, como son el método de la contrastación de Popper, por lo que cabría someter a los criterios de calificación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional, a un escrutinio más complejo, como el que se propone por medio del método de falsación de dicho autor, ejercicio que efectuaremos en el punto siguiente, por ahora, basta con señalar que inicialmente sí hemos podido comprobar parcialmente la hipótesis de nuestra investigación.

De esta forma, se resalta que no se logró verificar en su totalidad dicha hipótesis, pues del análisis de cada uno de los 6 casos prácticos aludidos en la presente investigación, no se obtuvieron criterios o parámetros para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a implementar en la toma de decisiones, pues como se observó, en las diversas sentencias del ámbito constitucional e internacional, se recurrió a la teoría de Robert Alexy, pero no se presentaron razones para su adhesión y utilización.

En consecuencia, se afirma, que la tesis fue verificada de manera parcial, esto es, sólo en lo que respecta a la existencia en la justicia constitucional e internacional de criterios de evaluación y calificación de la argumentación jurídica, de modo que, en la parte final de esta investigación, se presentarán algunas consideraciones y propuestas a fin de atender la problemática de la omisión de justificación en la utilización de postulados teóricos, como el de

Alexy, problemática que quedó expuesta en los casos prácticos estudiados en el presente trabajo.

Con todo, en el punto siguiente, se buscará comprobar, de forma final (definitiva) la hipótesis general de esta investigación referente a la existencia de criterios armónicos de evaluación en la justicia comparada (los cuales pueden ser utilizados en la justicia constitucional mexicana), con base en los postulados del método de falsación de Popper, veamos a donde nos lleva dicho ejercicio científico.

XIII.- Aplicación del método de falsación de Popper a los hallazgos encontrados en la justicia constitucional e internacional (Comprobación final de la hipótesis general de la investigación)

Como lo hemos referido a lo largo del presente trabajo, nuestro objetivo nunca fue crear una teoría de la evaluación de la argumentación jurídica de alcance general, sino más bien contribuir con el desarrollo y perfeccionamiento de los postulados vigentes sobre el tema, mediante aportaciones concretas desde la práctica judicial y la creatividad académica, bajo este sendero, una vez identificados los criterios de evaluación utilizados en el ámbito de la justicia constitucional e internacional contemporánea (a través de la muestra empírica de casos prácticos), estamos en posibilidad de aplicar a los mismos el método de la falsación-contrastación del autor Popper, a fin de comprobar y validar de forma definitiva los criterios identificados en la presente investigación y, consecuentemente, nuestra hipótesis general planteada en la parte introductoria del presente trabajo, al menos, por lo que hace a dicho punto.

Para comenzar, se señala que somos partidarios del método de contrastación de Popper porque estimamos que atiende los problemas del método de inducción, bajo el cual se busca inferir postulados generales con

base en enunciados concretos,¹⁰⁹⁷ lo que nos parece criticable, pues como diría Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con una investigación, no se justifica que todos los cisnes sean necesariamente blancos.¹⁰⁹⁸

Con mucho, se precisa que no se descarta totalmente el método inductivo, sino que más bien se busca su perfeccionamiento, pues no compartimos la idea de que se pueda crear una teoría general mediante la simple referencia a enunciados concretos, pensar diferente nos llevaría a asumir que derivado del análisis de nuestra muestra de 6 casos prácticos (enunciados singulares), llegaríamos a una teoría general de la evaluación de la argumentación jurídica para México, de ahí que nunca se haya tenido la intención de alcanzar dicho objetivo.

Un objetivo así, sería irresponsable, pues caería en una falacia común, al ser un argumento engañoso que induciría al error, en concreto, hablaríamos de una falacia de sobregeneralización, lo que es lo mismo, una generalización a partir de pocos ejemplos, aún más, se ha señalado que no puede ni siquiera generalizarse a partir de una muestra grande, a no ser que la misma sea demostrablemente representativa, lo todo lo cual confirma la críticas y objeciones de Popper al método inductivo.¹⁰⁹⁹

Pues bien, siguiendo el método de falsación de Popper, debemos deducir algunas conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional e internacional, para después compararlas entre sí a fin de identificar su compatibilidad y armonización, como lo sugiere Popper,

¹⁰⁹⁷ En concreto, Popper señala que desde el contexto de la lógica, dista mucho de ser correcto que esté justificado inferir enunciados universales partiendo de enunciados concretos, por elevado que sea su número, ya que toda conclusión que se obtenga de esta forma, corre el riesgo de resultar algún día falsa. Así, para dicho autor, el problema de la inducción puede formularse como la cuestión de saber cómo establecer la verdad de los enunciados universales sustentados en la experiencia. *Cfr.* Popper, Karl R, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁹⁸ *Idem.*

¹⁰⁹⁹ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, cuarta reimpresión, trad. de Mar Vidal, México, Ediciones culturales Paidós- Ariel, 2015, pp. 111 y 117.

comencemos pues con la identificación de algunas conclusiones de la justicia constitucional.

En concreto, de todos los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, a saber, finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, terminológico, jurisprudencial, dignidad humana, derecho comparado y de la duda razonable, se pueden obtener, mediante una deducción, las siguientes conclusiones particulares:¹¹⁰⁰

- Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o Carta fundamental.
- Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos.
- Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto.
- Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar.
- Que para resolver el caso, se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque, se pueden abandonar los mismos previa justificación.
- Que en todo momento y bajo cualquier escenario, la decisión debe buscar materializar la dignidad humana.

¹¹⁰⁰ Para la redacción de las conclusiones particulares, se utilizaron las propias consideraciones y argumentaciones expuestas por los jueces constitucionales mexicanos, colombianos y españoles en los casos analizados en la presente investigación. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 2. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>; Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S, Expediente T-4.067.849, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014, pp. 5, 7 y 8, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>; y Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo 412 2012. Promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 de 25 de junio de 2015, Boletín Oficial del Estado, núm. 182, viernes 31 de julio de 2015, sec. TC, pp. 66654- 66655, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/31/pdfs/BOE-A-2015-8639.pdf>.

- Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos.
- Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano, se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio.

Ahora bien, cabe realizar el mismo ejercicio para el caso de la justicia internacional, así, se tiene que de los criterios de evaluación encontrados en dicha justicia, esto es, de los fines legítimos, necesidad, económico, razonabilidad, argumentación exhaustiva, internacional, del derecho comparado interamericano, jurisprudencia comparada, proporcionalidad en sentido estricto, de la sociedad democrática e interpretación no jurisprudencial, se pueden deducir, las siguientes conclusiones particulares:¹¹⁰¹

- Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la Carta fundamental del país respectivo.
- Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos.
- Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que los mismos no deben propiciar su no ejercicio.
- Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados.

¹¹⁰¹ Para la redacción de las conclusiones particulares, se recurrió a las consideraciones e ideas expuestas por los jueces internacionales europeos, interamericanos y africanos en los asuntos estudiados en la presente investigación. Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jankovskis v. Lithuania*, (Application no. 21575/08), Sentencia del 17 de enero de 2017, p. 1, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170354>; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Duque vs Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C, núm. 310, p. 20, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf; y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Case Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila vs United Republic of Tanzania* (applications No. 009/2011 y No. 011/2011), Sentencia del 14 de junio de 2013, pp. 3 y 4, disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/55-finalised-cases-details/844-app-nos-009-011-2011-tanganyika-law-society-and-legal-and-human-rights-centre-and-reverend-christopher-r-mtikila-v-united-republic-of-tanzania-details>.

- Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa.
- Que para una tomar postura sobre la afectación de los derechos humanos, se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones), en particular, la de la región interamericana.
- Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe.
- Que toda efectución a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas.
- Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales.

Una vez identificadas las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional e internacional, resulta ahora apropiado comparar las mismas, a fin de ubicar su compatibilidad, armonización y equivalencia, como lo demanda el método de contrastación de Popper, para ello, cabe integrar todas la conclusiones en un bloque para analizar dicha compatibilidad, representemos pues las mismas mediante el siguiente esquema:

Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional:

Conclusiones deducidas de la justicia constitucional:	Conclusiones deducidas de la justicia internacional:
<ul style="list-style-type: none"> • Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o Carta fundamental. • Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos. • Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto. • Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar. • Que para resolver el caso, se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque, se pueden abandonar los mismos previa justificación. • Que en todo momento y bajo cualquier escenario, la decisión debe buscar materializar la dignidad humana. • Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos. • Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano, se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la Carta fundamental del país respectivo. • Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos. • Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que los mismos no deben propiciar su no ejercicio. • Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados. • Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa. • Que para una tomar postura sobre la afectación de los derechos humanos, se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones), en particular, la de la región interamericana. • Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe. • Que toda efectación a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas. • Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales.

Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional:

¿Son compatibles y armónicas dichas conclusiones particulares?

Como se puede apreciar del análisis comparativo de cada una de las conclusiones particulares, podemos señalar que efectivamente las mismas son compatibles entre sí y en algunos casos idénticas, así, no encontramos diferencias entre los parámetros de evaluación, por lo que se puede afirmar que no hay razones para desechar tales criterios, ni tampoco la hipótesis planteada en este trabajo.

Con todo, consideramos que para asumir que hemos logrado comprobar de forma definitiva tales criterios y la propia hipótesis planteada en esta investigación sobre este tema, se requiere, como sugiere Popper, comparar además las conclusiones obtenidas con algunos enunciados científicos disponibles, esto es, con algunas teorías de la argumentación jurídica de alcance general, lo cual efectuaremos a continuación.

¿ Son compatibles las conclusiones particulares con algunas teorías de la argumentación jurídica vigentes?

A fin de resolver dicha interrogante, se señala que varias conclusiones singulares encuentran su respaldo en postulados de algunas teorías generales sobre el razonamiento jurídico, en concreto, podemos asumir que las conclusiones son compatibles con los postulados del principio de proporcionalidad en sentido general, que se desprende de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, por lo cual, se corrobora que efectivamente los criterios de evaluación han sido comprobados bajo el test de falsación de Popper.

Con base en dicho esquema, se concluye que los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional, identificados en esta investigación, han logrado acreditar el método de contrastación y falsación de Popper, ya que los mismos son compatibles y equivalentes entre sí y con una teoría de alcance general, por lo que no existen razones para descartar tales criterios de evaluación de la argumentación jurídica desplegada en casos que involucren tensiones entre derechos humanos, de esta manera, se asume que hemos logrado verificar y comprobar de forma definitiva la hipótesis general planteada en este trabajo, por lo que hace a la existencia de criterios viables de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional, que pueden operar como guías y prototipos para la calificación de la argumentación esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país.

XIV.- Propuestas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos

Hasta aquí hemos podido comprobar que sí existen parámetros de evaluación de la argumentación jurídica sobre derechos humanos en la justicia constitucional e internacional, que pueden ser implementados en México, pero ¿son suficientes dichos hallazgos para el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica? la respuesta es negativa en dos sentidos, veamos por qué.

En un primer sentido, porque si bien es cierto que con el análisis de los 6 casos prácticos de la presente investigación, identificamos diversos criterios para calificar la argumentación jurídica, que resultan de fácil aplicación y operatividad, esto es, viables para ser utilizados por los jueces constitucionales de nuestro país, incluso, algunos criterios ya son aplicados por los jueces mexicanos (piénsese en la Suprema Corte de Justicia de la Nación), cabe hacer notar que los parámetros expuestos no son suficientes para evaluar ampliamente los esquemas argumentativos sobre derechos humanos. En este sentido, somos conscientes de la necesidad de diseñar y operar otros criterios que contribuyan con el fortalecimiento y desarrollo de la argumentación jurídica, por lo cual, realizaremos algunas propuestas al respecto en este apartado de la investigación.

En un segundo sentido, porque no logramos, como lo hemos esbozado con antelación, identificar un test o metodología de justificación de la elección de las teorías de la argumentación a aplicar en los casos sobre derechos humanos, lo cual consideramos sumamente importante para el respaldo de la decisión adoptada. Por ello, en esta parte de la investigación presentaremos una propuesta de solución al problema identificado de falta de justificación en la elección de los postulados científicos utilizados en las decisiones judiciales.

Pues bien, con el objetivo de contribuir con el mejoramiento de los modelos de evaluación de la argumentación jurídica, adicionalmente a todos los parámetros de calificación identificados en este trabajo, se proponen los siguientes criterios para evaluar el razonamiento a presentarse en la justicia

constitucional mexicana al momento de resolver casos prácticos sobre derechos humanos:

- Criterio del máximo esfuerzo
- Criterio de la doble posición
- Criterio *pro personae*
- Criterio progresista
- Criterio de falsación (Popper)
- Criterio dialógico
- Criterio sobre la paz

Sobre el criterio del máximo esfuerzo, se destaca que el mismo pugna por un ejercicio intelectual arduo por parte de los jueces constitucionales (pues su decisión puede restringir válidamente un derecho humano), a saber, una argumentación de naturaleza creativa y sofisticada, lo que implicaría que para calificar como correcto un esquema de razonamiento, se revisaría que el mismo aborde y analice todos los elementos y consideraciones relevantes para el sentido de la decisión y no sólo cuestiones jurídicas, todo ello, siempre y cuando así lo requiera el tipo de asunto a resolver.

Sin ir más lejos, en un caso en materia electoral (nulidad de una elección), será necesario que los jueces se esfuercen (intelectualmente hablando), por estudiar todas consideraciones importantes para la decisión, como podrían ser los elementos sociales y culturales, ello, sin perder la idea de que el elemento fundamental de este criterio lo constituye, desde luego, el ámbito jurídico, pero el mismo necesita alimentarse de otros parámetros, más aún en casos sobre derechos humanos, en los cuales las líneas divisorias entre los discursos son muy difusas, pues a caso ¿podríamos abordar los derechos humanos haciendo alusión únicamente a cuestiones jurídicas? la respuesta es en sentido negativo, tomando como referencia que la dignidad humana (como base de los derechos humanos), se inscribe en un ámbito pluridimensional.

En torno al criterio de la doble posición, se señala que el mismo nos exige que los jueces muestren empatía con cada una de las partes y sus derechos humanos en tensión, en concreto, exige que no asuman una posición de indiferencia y autoridad frente a las partes, sino más bien un escenario amistoso y humano (lo cual no es una tautología, pues a veces los seres humanos se tratan como cosas), pues se visualiza una posible restricción a los derechos humanos de una de las partes, lo que comporta una afectación de su dignidad humana, por ello, los decisores deben materializar un esquema de comprensión de las demandas y necesidades de las personas.

Para lograr dicho escenario, se requiere adoptar la figura de la posición dual, o doble posición, lo que implica que el juez se quite su careta de autoridad y analice el asunto como si él o ella fueran las personas que posiblemente van a sufrir una afectación a alguno de sus derechos humanos, sólo así, podrán comprender realmente el sentir y preocupación de las partes, las cuales no pueden ni deben ser tratadas como un simple número de expediente, por ejemplo, el AR 234/2017, el JDC 21-13- 2017 o cualquier otra nomenclatura posible, ello disminuye la parte humana, sensible, amigable y empática que debe estar presente en el quehacer jurisdiccional, en otros palabras, los jueces no deben olvidar que están tratando con personas, con sus derechos concretos, con sus ideales de una vida digna, no con expedientes, números, criterios o seres insensibles e inanimados. En efecto, el criterio de la doble posición, les permite a los jueces analizar los derechos humanos y el caso concreto, en un primer momento, como si ellos fueran las partes afectadas, esto es, de forma empática, en un segundo momento, como sujetos dotados del poder de juzgar y para hacer cumplir sus decisiones.

Sobre el criterio *pro personae* se señala que el mismo deriva del artículo 1o de la Constitución de la República, que señala que las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo a las personas la protección más extensa, en concreto, para los fines de esta investigación, este criterio implica que los jueces argumenten los derechos humanos propiciando siempre la protección y garantía más amplia de la dignidad humana de las personas, en otros términos, deben buscar, en todas las formas posibles, que toda decisión

judicial sea la más benéfica para las personas, lo que conlleva que operen bajo parámetros garantistas que limiten ampliamente las restricciones a los derechos humanos. Se acreditará este criterio cuando los jueces y cualquier observador externo (i.e: académicos, defensores de derechos humanos o las organizaciones de la sociedad civil) puedan identificar que la decisión tomada es la más favorable para la dignidad de las personas, en virtud de que restringe en menor medida los derechos humanos y dicha restricción está ampliamente justificada.

El criterio progresista establece que el razonamiento en torno a los derechos humanos debe comportar su desarrollo y extensión progresiva, con lo cual, se materializa el principio que prohíbe que la argumentación jurídica sea regresiva para los derechos humanos. Como lo podrá observar el lector, este principio fue obtenido de las características de los derechos humanos, en concreto, de las obligaciones que tienen todas las autoridades, de conformidad con el artículo 1o de la Constitución mexicana, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con base, entre otros, en el principio de progresividad. Pues bien, este criterio resulta de suma importancia para la mejora continua del alcance de los derechos humanos por medio de la argumentación jurídica, aquí el gran compromiso y responsabilidad de los jueces con la conformación del Estado constitucional de derecho.

De todo lo señalado, resulta que para poder evaluar positivamente la argumentación desplegada en toda decisión, se tiene que acreditar que el razonamiento propicia la evolución directa del contenido de los derechos humanos, lo que significa, que la misma no es regresiva en ningún sentido para las personas, ello, en relación con lo ganado y decretado por otras decisiones del ámbito nacional e internacional, lo cual si bien se torna complejo (ya que los jueces deben conocer la jurisprudencia internacional emitida al respecto), se trata de una exigencia justificada, pues en última instancia está en juego la idea de vida digna de las personas.

Respecto al criterio de falsación o contrastación, se destaca que el mismo fue tomado de las ideas esbozadas por Popper en sus investigaciones sobre la

lógica de la investigación científica (como de hecho se titula su obra en el idioma castellano), en concreto, aplicando los postulados de dicho autor al ámbito del razonamiento jurídico, este criterio señala que de la decisión emitida que resuelva una colisión entre derechos humanos, se deben deducir ciertas conclusiones particulares, las cuales tienen que compararse entre sí y con otros enunciados científicos y criterios judiciales, a fin de determinar su armonización y compatibilidad, si se logra acreditar con éxito la contrastación, se podrá asumir que la decisión adoptada ha sido verificada, por lo que puede ser aceptada por las partes y la propia sociedad.¹¹⁰²

Bajo este escenario, los jueces no terminarían con su quehacer jurídico al emitir una sentencia que resuelva una tensión entre principios constitucionales, ya que después de emitirla, deben pasarla al escrutinio de este criterio, a saber, deducir conclusiones particulares de la determinación judicial, las cuales deben compararse entre sí, para verificar su compatibilidad, de modo que si no se logra acreditar este examen, la decisión deben ser abandonada por ser falsable, esto es, incorrecta.

Sobre el criterio dialógico,¹¹⁰³ se precisa que el mismo alude a abrir la argumentación jurídica a consultas públicas y mesas de debate, ello, una vez que los jueces han formulado sus argumentos y tiene una decisión sobre el caso, pero antes de que sea notificada la sentencia, lo anterior permite generar un diálogo abierto entre los jueces constitucionales y la sociedad, en concreto, entre cualquier persona, académicos y miembros de las organizaciones de la sociedad civil interesados en el tema que se discutió en la determinación judicial, sin que deban acreditar experiencia sobre el tópico respectivo.

¹¹⁰² Para la redacción de este párrafo han sido utilizadas las ideas de Popper, véase Popper, Karl R, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹¹⁰³ Este criterio encuentra su realce en el seno de una justicia abierta, la cual supone la aplicación de los principios del gobierno abierto al ámbito de la justicia y el poder judicial, a fin de lograr transparencia, rendición de cuentas, colaboración, participación y apertura al ciudadano. *Cfr.* Jiménez-Gómez, Carlos E, "Hacia el Estado abierto: justicia abierta en América Latina y el Caribe", en Naser, Alejandra (ed), *et al.*, *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, pp. 231-252 (p. 240).

Ahora bien, para materializar este criterio, los jueces deben elaborar y presentar un resumen con lenguaje sencillo que contenga las principales razones que sustentan el sentido de su decisión, el cual debe hacerse del conocimiento de la sociedad a través de cualquier medio electrónico, a fin de que inicie el proceso de recepción de opiniones sobre la decisión adoptada, adicionalmente, se debe convocar a la celebración de mesas de debate con la sociedad interesada, principalmente con los profesionales del derecho, con el objeto de que los jueces deliberen públicamente sus posturas con los asistentes a las mesas, todo ello, con el objeto de que cuenten con mayores elementos para sustentar o abandonar las razones expuestas para la solución del caso, con mucho, las opiniones y razones esgrimidas por la sociedad no serán vinculantes, pero sí deben ser oídas en un entorno dialógico y de respeto mutuo.

El criterio dialógico es similar a la figura del *amicus curiae*,¹¹⁰⁴ muy utilizada en el contexto de los tribunales internacionales, sin embargo, se distingue de éste porque aquél, se presenta una vez que los jueces ya han decidido el asunto, a saber, cuando ya tienen una determinación respaldada con razones, asimismo, porque implica celebrar mesas de debate con la sociedad, con mucho, ambas figuras se complementan, esto es, no son excluyentes, pues se pueden recibir *amicus curiae* al inicio y durante el trámite del juicio y una vez que los jueces emitan una decisión, se puede someter la misma al criterio dialógico que se propone.

En suma, para considerar que una decisión es correcta y adecuada en el contexto del gobierno abierto del Estado constitucional de derecho, la misma debe acreditar el criterio dialógico, lo que conlleva que la decisión ha sido

¹¹⁰⁴ Se ha dicho que la figura del *amicus curiae* es útil en la práctica judicial, ya que democratiza la misma, al permitir que diversas personas con algún interés legítimo participen en el proceso jurisdiccional. Entre las ventajas de su utilización, se tienen la legitimación de los jueces en casos paradigmáticos, la búsqueda de nuevos argumentos y el establecimiento de una democracia deliberativa. Cfr. Mena Vázquez, Jorge, “El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Cuarta época, vol. 1, Núm. 6, 2010, pp. 173-196 (p. 174, 184 y 185). Disponible en <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2010-04-006-173.pdf>, página consultada el 12 de enero de 2018.

sometida a un debate público y crítico, mismo que invariablemente abonará y enriquecerá el esquema argumentativo adoptado por los jueces constitucionales de nuestro país.

Por lo que hace al criterio sobre la paz, se esboza que el mismo implica un cambio del lenguaje y pensamiento en la argumentación jurídica, esto es, un tránsito de un lenguaje bélico y de un pensamiento polarizado (ganar o perder, todo o nada) hacia un lenguaje pacífico y no polarizado de los jueces, pues en materia de derechos humanos, se debe buscar ante todo un escenario de entendimiento y concordancia entre las partes y sus derechos. En particular, el criterio sobre la paz, obliga a los juzgadores a alcanzar la tranquilidad y armonía en la adversidad, mediante una argumentación amistosa, sincera, reconciliatoria, dirigida a favorecer la calma en las sociedades.¹¹⁰⁵

Para que se pueda acreditar este criterio, los jueces deben utilizar, como hemos indicado, un lenguaje pacífico y no polarizado en su argumentación, además, deben presentar razones tendientes a buscar la conciliación de los derechos humanos en colisión, a fin de promover el entendimiento no sólo de las partes, sino de la sociedad, para lo cual, los juzgadores tienen que razonar e interpretar todo el arsenal jurídico bajo el ideal de una vida pacífica, a saber, sin disturbios, perturbaciones, enfrentamientos o malestares, pero ¿no a caso una colisión de derechos humanos es *per se* una perturbación? desde una realidad simplista, sí lo es, pero desde una realidad crítica, tenemos que asumir que no necesariamente lo es, o no en el sentido común de la expresión, aquí está la gran labor de los jueces, los cuales deben buscar, por todos los medios posibles, la tranquilidad de las partes dentro de las posibles adversidades.

Bajo esta senda, se aprecia que el criterio sobre la paz, se sustenta en una filosofía de la armonía, no de la adversidad, lo que implicaría observar los

¹¹⁰⁵ Otros autores nacionales ya han relacionado la argumentación con la paz, así, refieren, por ejemplo, que la paz antes que un derecho, es una actitud, una forma de observar las vicisitudes, por lo que se sume como una epistemología, concretamente, como una pauta hermenéutica de todo jurista, por lo que si el argumento no funciona para lograr la paz, algo anda mal, aún más, que la paz opera como un parámetro eficaz, que como didáctica social, puede significar la construcción de figuras jurídicas útiles como las comisiones de la verdad, la justicia restaurativa y la conciliación y mediación. *Cfr.* Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 136,137 y 138.

conflictos y desacuerdos humanos como una excepción y no como una regla de las relaciones humanas, reconocemos que dicha filosofía puede visualizarse como un ideal inalcanzable o, si se quiere, como un deseo de difícil realización, pese a ello, se piensa que la argumentación nos brinda un excelente espacio para lograr una vida pacífica en la adversidad humana, la cual podría asumirse como adversidad aparente, pues es posible diluirla.

Pues bien, los anteriores criterios constituyen nuestra hoja de ruta y propuesta concreta, para mejorar y fortalecer la evaluación de la argumentación jurídica en nuestro país, dicha propuesta queda, desde luego, sujeta a la crítica libre de los operadores jurídicos, defensores de los derechos humanos, así como de los miembros de la sociedad civil, pues sabemos que la misma puede perfeccionarse, asimismo, no debe ser asumida como la única vía posible para calificar y fiscalizar la argumentación jurídica, con todo, pensamos que es un borrador adecuado para generar un desarrollo en el razonamiento jurídico, ya que los criterios propuestos son viables en la justicia constitucional mexicana, sin ir más lejos, algunos de los parámetros, ya se han discutido en la cultura jurídica nacional, por ejemplo, bajo la idea de justicia abierta y de las relaciones entre la argumentación y la paz.¹¹⁰⁶

Para seguir avanzando en la parte propositiva de la presente investigación, se reitera que para conseguir el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica, no fue suficiente con identificar diversos criterios de calificación de la misma (mediante el análisis de los casos prácticos

¹¹⁰⁶ Sobre esto, cabe hacer notar que la idea de paz no es un concepto abstracto, sino concreto y realizable, esto es, se asume como un derecho humano *a la paz*, el cual ha tenido un desarrollo progresivo que inició en 2010 en el contexto del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por impulso de la sociedad civil organizada, así, recuérdese que el 19 de diciembre de 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 71/189, que contiene la Declaración sobre el Derecho a la Paz, misma que el Consejo de Derechos Humanos había aprobado el 1 de julio de 2016 en una resolución diversa. De esta forma, se observa que con tales acciones terminaron las tareas de codificación progresivo del derecho humano a la paz, por lo que, se trata de un ideal realizable en el ámbito práctico. Véase Villán Durán, Carlos, "Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz", en Faleh Pérez, Carmelo y Villán Durán, Carlos (directores), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asturias, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Velasco Ediciones, 2017, pp. 21-36 (p.23).

expuestos), ello, porque a través de dicho estudio práctico, no se logró ubicar algún modelo para justificar la elección de las teorías de la argumentación jurídica utilizadas en la solución de las colisiones entre derechos humanos, por lo que está claro que no conseguimos comprobar y verificar la hipótesis planteada en esta investigación, respecto a dicho tema.

La justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica, es un punto que no ha sido atendido por las investigaciones recientes en nuestro país, las cuales sólo se centran en presentar los postulados existentes en torno a las diversas teorías de la argumentación jurídica de alcance internacional, de esta forma, consideramos que es un tópico vigente que debe ser analizado desde la trinchera académica, a fin de generar un efecto posterior en la arena jurisdiccional, pues no es posible afirmar que una decisión sea la más correcta y adecuada, si no cuenta con un esquema de respaldo sobre la elección de los postulados teóricos que han informado a la misma.

Ahora bien, la realidad que sí se logró demostrar es que en la justicia constitucional e internacional actual, los jueces no se preocupan por argumentar la adopción y aplicación de una u otra teoría de la decisión judicial, pongamos por caso, la sentencia que analizamos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual no existió un test o metodología de la elección de la teoría de Robert Alexy, así, la misma fue adoptada sin reparar en su conveniencia para el caso concreto, a causa de ello, se puede tener la duda razonada sobre si dichos postulados, de entre muchos otros que existen, fueron los más precisos, adecuados y convenientes para el sentido de la decisión.

En efecto, pensamos que del abanico de teorías de la argumentación existentes (como las esbozadas en este trabajo de los autores Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst), se requiere justificar su elección y utilización en un caso práctico sobre derechos humanos, pues si no lo hacemos, caeríamos, irremediablemente, en la falacia *ad verecundiam*, la cual se explica con el argumento de autoridad, a saber, con el sentimiento de respeto que se tiene

hacia cierta autoridad para probar la verdad de una conclusión, en otras palabras, se apela a la autoridad como argumento para defender la corrección de una proposición.¹¹⁰⁷ En el tema que nos ocupa, es evidente que al no justificar la elección, por ejemplo, de la teoría del Robert Alexy para resolver una colisión, estaríamos asumiendo que tal autor es una autoridad en argumentación jurídica, por lo que no habría necesidad de argumentar sobre su elección, lo que comportaría la materialización de la referida falacia *ad verecundiam*.

De esta manera, para no caer en dicha falacia y para eliminar cualquier vicio en la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, pues, le reste credibilidad y confianza al quehacer jurisdiccional, consideramos apropiado proponer algún tipo de test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación. Lo anterior, ya que nos interesa realmente mejorar los modelos de razonamiento jurídico en nuestro país, derivado de los problemas encontrados en la práctica judicial (ausencia de justificación en la elección de las teorías científicas a aplicar), por eso, estimamos que la creación de un test de justificación de las mismas es un gran paso y un borrador viable para el desarrollo del razonamiento jurídico en la justicia constitucional.

Bajo este escenario, con el objetivo de atender la problemática planteada, proponemos la siguiente metodología o test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar para resolver las colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido), el cual será una hoja de ruta para nuevas investigaciones. Veamos pues cuáles son los componentes o gradas de dicho test de justificación y las preguntas críticas que lo integran:

La primera grada tiene que ver con la identificación de una verdadera colisión entre principios constitucionales en sentido amplio (derechos humanos

¹¹⁰⁷ Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 73.

o principios constitucionales en sentido estricto). A fin de atender tal encomienda, debemos contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Las demandas de las partes buscan materializar una vida digna en el contexto del Estado constitucional de derecho?
2. ¿La idea de vida digna que se demanda encuentra sustento en alguna dimensión de los derechos humanos reconocida en instrumentos internacionales o nacionales o en algún principio constitucional en sentido estricto?
3. ¿Al ejercer una dimensión de los derechos humanos se afecta directa o indirectamente el ejercicio otra dimensión de los derechos humanos o un principio constitucional en sentido estricto?
4. ¿Una de las partes demanda la prevalencia de sus derechos humanos frente a los derechos humanos o principios constitucionales en sentido estricto de la otra parte?
5. ¿Existe ausencia de un ejercicio armónico y ordenado entre las dos dimensiones de los derechos humanos o entre una dimensión de aquéllos y un principio constitucional en sentido estricto?

Si todas las respuestas a dichas interrogantes son afirmativas, entonces, debemos asumir que efectivamente nos encontramos frente a una colisión entre principios constitucionales, por lo que podemos pasar a la segunda grada del test de justificación, esto es, al componente en el cual debemos argumentar sobre la elección de los postulados teóricos a aplicar para resolver, de forma definitiva, la tensión entre derechos humanos o entre éstos y los principios constitucionales en sentido estricto.

De modo que, la segunda grada del test, se manifiesta con un esquema de justificación amplio sobre la elección, adopción y aplicación de alguna de las vigentes teorías de la argumentación jurídicas de alcance general en la cultura jurídica nacional o internacional, con la cual se pueda resolver la tensión identificada en la grada anterior, para ello, debemos responder las siguientes preguntas críticas:

1. ¿Por qué se ha elegido cierta teoría de la argumentación jurídica para resolver la colisión?
2. ¿Qué inconvenientes o críticas ha sufrido la teoría de la argumentación jurídica a aplicar?
3. ¿Cómo se han resuelto los inconvenientes de la teoría de la argumentación jurídica a aplicar por parte de la doctrina o cómo se resolverían en la decisión?
4. ¿Qué tipos de criterios de calificación y evaluación del razonamiento contiene la teoría de la argumentación jurídica que se propone?
5. ¿Son viables y de fácil realización para la justicia constitucional mexicana, los parámetros de evaluación del razonamiento que defiende la teoría de la argumentación que se intenta adoptar?
6. ¿Cuál sería el efecto que se generaría si no se utiliza la teoría de la argumentación jurídica propuesta?
7. ¿Cómo sería el modelo de razonamiento de la decisión con base la teoría de la argumentación jurídica que se pretende aplicar?
8. ¿Qué le aporta a la decisión el modelo de razonamiento de la teoría de la argumentación jurídica a adoptar?
9. ¿Es un adorno intelectual para la decisión la teoría de la argumentación jurídica propuesta o realmente tiene un efecto fundamental en el sentido de la decisión?¹¹⁰⁸
10. ¿Cómo contribuye la teoría de la argumentación jurídica propuesta, para lograr la adhesión de las partes y de la sociedad con la decisión?

¹¹⁰⁸ Para la formulación de esta pregunta, se utilizaron las ideas esbozadas por Salas en Salas, Minor E, "Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, octubre de 2007, pp.111-142 (p.129), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/debate-sobre-la-utilidad-de-la-metodologia-jurdica--una-reconstruccin-crtica-de-las-actuales-corrientes-metodolgicas-en-la-teora-del-derecho-0/>, página consultada el 14 de enero de 2018.

11. ¿Cuáles son las ventajas que generaría para el Estado constitucional de derecho, la teoría de la argumentación jurídica que se quiere adoptar frente a otros postulados teóricos existentes?

12. ¿Qué antecedentes existen de casos similares que hayan adoptado la teoría de la argumentación jurídica que se desea aplicar?

De esta forma, estimamos que los jueces deben responder a cada una de dichas preguntas previo a la utilización de cualquier teoría de la argumentación jurídica, ello, si realmente se interesan por mejorar su actividad jurisdiccional en el seno del Estado constitucional de derecho, en el cual se exige a todas las autoridades (administrativas, legislativas y judiciales) una justificación amplia de todas las acciones, políticas, decisiones y criterios a adoptar, más aún, cuando se trata de una posible afectación a los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, para seguir avanzando, se resalta que con la superación de las dos anteriores gradas, no hemos concluido aún el test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica, pues nos falta agotar satisfactoriamente la última grada de dicho test, la cual activa un esquema de diálogo y participación con los miembros de la sociedad, mismo que se asume como indispensable para la legitimación material de las decisiones en torno a temas fundamentales, como es el desarrollo de un proyecto de vida digna de las personas, que los derechos humanos posibilitan.

En particular, la tercera grada conlleva abrir el test a la crítica constructiva de los académicos expertos en el tema de razonamiento judicial, para ello, se propone que una vez que los jueces han justificado la elección de alguna teoría de la argumentación jurídica con base en los dos criterios anteriores, sometan dicha elección al diálogo con los expertos académicos de las principales universidades de derecho y centros de investigación jurídica del país.

Lo anterior, mediante la celebración de mesas de discusión y debate entre los jueces y los académicos, la cual, permitirá la evaluación de las elecciones realizadas por los jueces, de modo que, puedan ser rechazadas o adoptadas por la comunidad académica de expertos, a través de la emisión de

argumentos sólidos. Con todo, se aclara que dichas manifestaciones académicas tendrían una naturaleza no vinculante, pero ello no le restaría importancia a esta grada, pues los jueces (como autoridad jurisdiccional) sí tendrían la obligación de presentar las razones para justificar el rechazo de las manifestaciones elaboradas por los académicos. Dichas razones deberán hacerse del conocimiento de los expertos en las mismas mesas de debate y figurar en la misma sentencia.

Así pues, esta última grada de test de justificación, le brindará una mayor solidez a la adopción de las teorías de la argumentación jurídica para resolver casos sobre derechos humanos, ya que la elección estaría respaldada por un diálogo judicial y académico, el cual, no haría más que enriquecer el quehacer jurisdiccional en torno a los modelos argumentativos a aplicar para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Con base en todo lo señalado sobre el test de justificación de las teorías de la argumentación jurídica, se tiene que hemos podido presentar una propuesta concreta para resolver la problemática identificada sobre la escasa deliberación por parte de los jueces constitucionales e internacionales respecto a la adopción de postulados teóricos sobre el razonamiento jurídico. Dicha propuesta constituye una metodología de fácil aplicación que puede mejorar sustancialmente la labor argumentativa en nuestro país, se trata, en concreto, de una hoja de ruta para futuras investigaciones en la materia o como dirían algunos autores, son instrucciones para armar.¹¹⁰⁹

XV.- Colofón

Como lo pudimos apreciar, fueron dos cuestiones que buscamos atender con las propuestas esbozadas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, por un lado, la necesidad de crear y establecer más criterios para la calificación de la argumentación jurídica, por el otro, la exigencia de diseñar modelos para elegir (justificar) teorías de la

¹¹⁰⁹ La expresión *instrucciones para armar*, no es nuestra fue tomada del título de una obra reciente del autor Vázquez. Véase Vázquez, Daniel, *op. cit.* s.p.

argumentación jurídica a utilizar en la toma de decisiones sobre posibles afectaciones a los derechos humanos.

Pensamos que en ambos cometidos hemos tenido cierto éxito, porque logramos exponer una serie de nuevos parámetros para fiscalizar la argumentación jurídica que pueden aplicar los jueces constitucionales de nuestro país, en conjunto con los demás criterios encontrados con el estudio de casos prácticos de esta investigación. Asimismo, porque diseñamos un test o metodología compuesta de tres gradas, para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar en la solución de colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos humanos y principios constitucionales en sentido estricto), el cual puede ser adoptado por la justicia constitucional mexicana.

En este sentido, las propuestas presentadas en esta investigación, buscan generar un avance en el desarrollo y el fortalecimiento de la argumentación jurídica de nuestro país, aún más, tales propuestas son viables y operables en el corto plazo, ya que no conllevan costos excesivos para su puesta en marcha, en concreto, sólo se requiere de su difusión en la comunidad jurídica, así como de la voluntad de dicha comunidad para colaborar con el desarrollo y perfeccionamiento de la práctica argumentativa. Consideramos que un primer paso para su difusión es lograr la publicación de este trabajo con alguna editorial especializada en el tema.

Finalmente, se reitera que los planteamientos propositivos generados en esta investigación, no constituyen la única vía para fortalecer la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, ni muchos menos, la mejor respuesta a la problemática observada, sino solamente una hoja de ruta, un borrador viable, una directriz para actuar en el futuro, las cuales tiene en común una cosa, la idea de mejorar el razonamiento jurídico desplegado principalmente en la justicia constitucional mexicana, de ello resulta que, todas las propuestas presentadas quedan sujetas a la crítica académica y jurisdiccional, críticas constructivas que como partidarios del Estado constitucional de derecho aceptamos, pues estimamos que no hay mejor

manera de comprometernos con el progreso constante de la argumentación jurídica y del Estado constitucional en la que se presenta, que a través del diálogo abierto y perpetuo entre todos lo que pensamos y creemos en los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Como lo hemos podido observar a lo largo de esta investigación, existe una relación necesaria entre la dignidad humana, los derechos humanos y el razonamiento jurídico, relación que nos obliga a discutir los inconvenientes conceptuales de la expresión dignidad humana en aras de mejorar su comprensión y aplicación práctica, así como argumentar en torno a la fundamentación de los derechos humanos y a su progresividad constante, ello, con la intención de configurar enfoques diferentes y útiles para atender las colisiones entre derechos humanos mediante la argumentación jurídica, en concreto, los criterios de evaluación de la misma.

Bajo este sendero, se asume que no es adecuado presentar un concepto particular de dignidad humana, sino más bien un modelo de acercamiento a la misma, el modelo que se ha adoptado es de corte pluridimensional, bajo el mismo, la dignidad humana no puede ser asumida como una representación unívoca, por ejemplo, ontológica, ética, teológica, social o jurídica. En particular, dicho modelo permite entender que el sentido de la dignidad se encuentra en el diálogo abierto, plural e igualitario. El método que nos auxilia a obtener el enfoque pluridimensional de la dignidad es la hermenéutica diatópica de Santos, la cual parte del reconocimiento de las culturas incompletas en su máxima expresión.

Los derechos humanos se fundamentan en una visión realista, la cual entiende que la vida humana digna es el fundamento de los mismos, esta postura realista integra los mejores postulados de cada una de las justificaciones existentes sobre los derechos humanos, a saber, antropológica, iusnaturalista, historicista, ética, iuspositivista y filosófica, por lo que la misma se asume como una postura ecléctica.

En otro sentido, los derechos humanos no pueden clasificarse en generaciones, ni para fines académicos, se defiende la tesis que se trata de dimensiones del derecho humano a una vida digna o, si se quiere, derechos consustanciales a dicho derecho, así, la expresión “dimensiones” implica que los derechos humanos no van naciendo paulatinamente, ni se van extinguiendo con el transcurso del tiempo, por el contrario, son derivaciones de los derechos

humanos existentes, en concreto, del derecho humano a una vida digna, por ello su interdependencia. Con base en lo anotado, no hay nuevos derechos humanos, sino sólo derechos consustanciales. Dicha caracterización es útil para nuestra investigación, a fin de mejorar el ejercicio, protección y defensa de los mismos antes posibles restricciones.

Como ha quedado confirmado, existen diversas teorías de la argumentación jurídica que esbozan criterios de corrección del razonamiento, entre ellas, se tienen las sustentadas por los autores Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van den Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza, la mayoría de dichas teorías han tenido cierta difusión en nuestro país, sin embargo, los jueces constitucionales sólo se han inclinado por aplicar, principalmente, los postulados de Robert Alexy, como lo apreciamos con el estudio del caso práctico “uso recreativo de la marihuana”, que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el gran problema de dicha decisión fue que el Alto Tribunal no justificó la elección y preferencia en la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica del autor alemán respecto de los demás postulados teóricos existentes y también útiles para la decisión.

Con mucho, como lo comprobamos en esta investigación, la mayoría de los criterios de evaluación del razonamiento jurídico, que componen las teorías de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van den Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza son objeto de crítica, por lo que, dichos autores deben considerar reformular o abandonar los criterios que promueven sus investigaciones, en concreto, nosotros diseñamos otros parámetros para calificar el razonamiento jurídico, los cuales, son operables en el seno de la justicia constitucional mexicana.

La justicia constitucional estudiada mediante los casos prácticos de México, Colombia y España, “uso recreativo de la marihuana”, “muerte digna” y “objeción de conciencia”, respectivamente, ponen de relieve dos circunstancias, por un lado, que los derechos humanos pueden entrar en colisión con principios constitucionales en estricto sentido, por ejemplo, con el principio de orden público, por el otro, que un derecho humano puede colisionar desde dos vertientes, una positiva y otra negativa, sin ir más lejos, se tiene el caso de una

tensión entre el derecho humano a la vida y el derecho humano a la muerte digna, abordado por la Corte Constitucional de Colombia.

Los criterios de evaluación de la argumentación jurídica identificados en los casos prácticos de la justicia constitucional de México, Colombia y España son: finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, terminológico, jurisprudencial, dignidad humana, derecho comparado y de la duda razonable, por lo cual, se verifica que existen parámetros viables para evaluar la argumentación jurídica, que pueden operar como prototipos o guías a implementar en la justicia constitucional nacional.

La justicia internacional abordada a través de los casos prácticos ante las cortes regionales de Europa, América y África, “acceso a internet en prisión”, “acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo” y “candidaturas independientes”, respectivamente, resaltan la existencia de colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido, por ejemplo, prevención del delito, seguridad pública, defensa del orden, legalidad, unidad, orden público y paz pública, con lo cual, se reafirma que el discurso argumentativo no se limita a resolver tensiones entre derechos humanos, sino que debe atender un ámbito más amplio y complejo.

Los parámetros de calificación del razonamiento jurídico ubicados en los casos prácticos de la justicia internacional de los tribunales regionales de Europa, América y África son: de los fines legítimos, necesidad, económico, razonabilidad, argumentación exhaustiva, internacional, del derecho comparado interamericano, jurisprudencia comparada, proporcionalidad en sentido estricto, de la sociedad democrática e interpretación no jurisprudencial, así, se observa que sí contamos con parámetros viables para evaluar el razonamiento jurídico desde el escenario internacional, los cuales pueden fungir como guías para los jueces de nuestro país.

Por lo anterior, se afirma que sí logramos comprobar la hipótesis de nuestra investigación, en lo que respecta a la identificación de criterios de evaluación de la argumentación en la justicia constitucional de otros países y la justicia internacional, parámetros que deben utilizarse para la calificación de la argumentación jurídica esbozada por los juzgadores mexicanos, aunque, se

precisa que nuestro objetivo no es diseñar una teoría de la evaluación de la argumentación jurídica de alcance general, sino sólo contribuir con el desarrollo y mejora de ésta.

Los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional acreditan satisfactoriamente el método de contrastación de Popper, ya que todas las conclusiones particulares que se deducen de los mismos, son compatibles entre sí y con otros postulados científicos, por lo cual, se verifica, de forma definitiva, la hipótesis general de la presente investigación, en torno a la existencia de criterios viables en la justicia constitucional de otros países y en la justicia internacional, mismos que operan guías para la calificación del razonamiento jurídico en México.

Pese a ello, no se logra verificar en su totalidad dicha hipótesis, pues del estudio de casos prácticos no se encuentran parámetros para justificar la elección de las teorías de la argumentación jurídica a implementar en la toma de decisiones. Tal problemática se resuelve en la parte propositiva de la presente investigación.

En ese tenor, la primera propuesta establece los siguientes criterios adicionales para evaluar la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos: criterio del máximo esfuerzo, criterio de la doble posición, criterio *pro personae*, criterio progresista, criterio de falsación (que se obtiene del pensamiento de Popper), criterio dialógico y criterio sobre la paz. Todos los criterios constituyen una hoja de ruta o plan de acción para mejorar y fortalecer la evaluación de la argumentación jurídica en México, de modo que, están sujetos a la crítica libre y abierta de nuestros amables lectores.

Con la segunda propuesta se crea un test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar para resolver las colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio. El test se integra por tres gradas: la primera grada referente a la identificación de una verdadera colisión, para lo cual se deben contestar diversas preguntas críticas, la segunda grada, relativa a un esquema de justificación amplio sobre la elección y aplicación de alguna de las teorías de la argumentación jurídicas de la cultura jurídica nacional o internacional, por lo que se debe contestar un cuestionario con

diversas preguntas críticas, la tercera grada, implica someter la elección de los jueces de la teoría de la argumentación jurídica, al diálogo con los expertos académicos mediante la celebración de mesas de discusión y debate.

El test de justificación de las teorías de la argumentación jurídica comporta una metodología de fácil aplicación que va mejorar radicalmente la labor argumentativa en nuestro país, con todo, es un guión para futuras investigaciones en la materia, el cual se somete a la crítica libre.

COROLARIO

La evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos no es un tema acabado, se necesita seguir abordando con rigor científico por otros autores, para el bien del propio derecho, de todos nosotros. El derecho como imagen de la humanidad no nació perfecto, no podría ser así, pero puede ser perfeccionado, lo que es lo mismo, mejorado. Ese fue el propósito implícito que guió esta investigación, el lector debe calificar su cumplimiento.

Pensamos que en los tiempos de la argumentación jurídica, las decisoras y decisores jurídicos (juezas, jueces, magistradas, magistrados, ministras y ministros) deben ser principialistas y garantistas, deben juzgar con los lentes de la protección extensiva de los derechos humanos, lo que se puede lograr con el fortalecimiento de los procesos argumentativos, pues tales derechos, en las sociedades pluralistas actuales, están en riesgo de ser restringidos, de forma relativamente constante. Dichos lentes le permiten a las decisoras y decisores jurídicos observar con mayor claridad la importancia presente y futura de los criterios de calificación del razonamiento jurídico en el contexto del constitucionalismo de los derechos.

Queda mucho camino por recorrer a nivel nacional e internacional, pues como lo hemos observado, no existe una esquema sofisticado para evaluar el razonamiento jurídico, ni tampoco metodologías para la elección de los postulados teóricos a aplicar en la decisión sobre derechos humanos, por ello, se debe visibilizar a la comunidad jurídica en torno a los problemas que aquejan al proceso de toma de decisiones en el contexto de los criterios de evaluación de la argumentación, la tarea es que no se convierta dicha invisibilidad en una regla.

Esta investigación contribuye a revertir la situación y visibilizar el tema ante la comunidad académica y judicial, derivado de las propuestas concretas para resolver los inconvenientes, es un pequeño paso, pero lo peor es no hacer nada. Hay que cambiar el escenario de comprensión de la argumentación jurídica, debemos establecer un lenguaje crítico del mismo, un lenguaje comprometido con las personas, un lenguaje, parafraseando a Santiago Nieto,

de otredad, no de nosotros, dejemos pues a un lado cualquier escenario egoísta, fútil y poco humanista, pensemos en los otros, en los que pueden sufrir una afectación a sus derechos humanos.

El presente y futuro del fenómeno jurídico no está en las reglas jurídicas, en los actos de autoridad, en las interpretaciones restrictivas o en los controles concentrados de la constitucionalidad, sino más bien en una cultura de los derechos humanos, en un control abierto de la constitucionalidad, en una interpretación y argumentación extensiva. Los avances en el fenómeno jurídico han sido notables en México con las reformas constitucionales en materia penal (2008), derechos humanos (2011), juicio de amparo (2011), política-electoral (2014), combate a la corrupción (2015), sin embargo, le seguimos debiendo mucho a la sociedad, la cual percibe al derecho como algo incomprensible, cerrado, insensible, poco humanista, corrupto, distante de la realidad social. Tienen cierta razón, muchos le han fallado, así, considerado que el derecho es una ficción humana, esos adjetivos son aplicables a los operadores del mismo, que integran los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y los entes constitucionales autónomos, los cuales no deben apartarse de la esencia del servicio público, a nuestro entender, servir a las personas para que puedan alcanzar sus proyectos de vida digna.

Somos sensibles de los problemas actuales del fenómeno jurídico, los cuales se trasladan al ámbito del razonamiento jurídico sobre derechos humanos, debemos seguir trabajando, desde la trinchera académica, para lograr un verdadero acercamiento entre la sociedad y el derecho, paralelamente, confianza en el mismo, principalmente cuando se resuelven tensiones entre derechos humanos. Así, nos decantamos por un derecho humanista, lo cual no es una tautología, a saber, un derecho comprometido con los proyectos de vida digna de las personas, por eso, consideramos que una manera de lograrlo es a través del mejoramiento y fortalecimiento de la evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos. Esa encomienda académica es para todas las personas que puedan ser objeto de una restricción futura en sus derechos humanos. Ellas lo valorarán.

Ciudad Universitaria, enero de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, segunda edición, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- Acosta Alvarado, Paola Andrea, "Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno," *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio 2016, pp. 15-60.
- , Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?, Colombia, Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008.
- , *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Aguilar Cuevas, Magdalena, "Las tres generaciones de los derechos humanos", *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Toluca, año 6, núm. 30, marzo-abril de 1998, pp. 93-102.
- Alexy, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección", trad. de Rebecca Jowers, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84.
- , *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.

- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Álvarez del Río, Asunción y Kraus, Arnoldo, “X. Eutanasia y suicidio asistido”, en Pérez Tamayo, Ruy (coord.), et. al., *La construcción de la bioética. Textos de bioética, segunda reimpression, volumen. I*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Alles Delphine, Clara Egger, “Los sistemas de protección de derechos humanos de los países del sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional”, trad. de Ana Inés Fernández Ayala, *Foro Internacional*, el Colegio de México, A.C., México, 2016, vol. LVI, núm. 1, enero-marzo de 2016.
- Anaya Muñoz, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., 2014.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, pp. 257- 299.
- , *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad EAFIT, 2011.
- , *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel, et. al., (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 117-168.

- Atienza, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, España, Editorial Aranzadi, 2009.
- , *Bioética, derecho y argumentación*, Colombia, Palestra, Temis, 2004.
- , *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- , *El sentido del derecho*, segunda edición, Barcelona, Ariel, 2003.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cuarta reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Ávalos Capín, Jimena, "Derechos reproductivos y sexuales", en Ferrer MacGregor Poisot, Eduardo, et. al., (coord.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Barbosa Delgado, Francisco R, "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", *Revista Derecho del Estado*, número 26, enero-junio de 2011.
- Batista, Fernando, "La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 14, enero-junio de 2006, pp. 3-20.
- Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

- Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Bix, Brian H, *Diccionario de teoría jurídica.*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, novena reimpresión., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2009.
- Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier, “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, pp. 41-63.
- Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos e inconventionalidad de la jurisprudencia. Con un enfoque de derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2015.
- Boven, Theo van, “Categories of rights”, en Moeckli, Daniel, *et. al.*, (eds.), *International human rights law*, segunda edición, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 143- 156.
- Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, cuarta edición., trad. de María Dolores González Rodríguez, México, Siglo XXI editores, 2007.
- Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.
- Calvo, Néstor Javier, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, *Revista Vis Iuris*, núm. 1, vol. 1, enero-junio de 2014, Universidad Sergio Arboleda, pp. 141-161.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

- Carrillo- Salcedo, Juan Antonio, “El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso”, en Rodríguez Palop, María. E y Tornos A (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 39- 51.
- Cartes Rodríguez, Juan Bautista, “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2017, vol. XVII, enero-diciembre de 2017.
- Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Fascículo 1, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Clapham, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, New York, Oxford University Press Inn, 2007.
- Coello Cetina, Rafael, “La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional (interpretación integral y juicio de proporcionalidad)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords)., *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, Tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 33-73.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los derechos humanos de las personas adultas mayores*, segunda edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Corzo Sosa, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.

- Cuenca Gómez, Patricia, "Los derechos humanos: la utopía de los excluidos", en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- Dahl, Robert A., *Sulla democrazia.*, tercera edición, trad. de Cristiana Paternò, Italia, Laterza, 2010.
- De Gortari, Eli, *Diccionario de la lógica*, primera de reimpresión, México, Plaza y Valdés, 2000.
- Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985.
- Donnelly, Jack, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Natalia Barraza Carbajal, México, Trillas, 2015.
- Durán y Lalaguna, Paloma, "La definición de los derechos humanos", en Durán y Lalaguna, Paloma (coord.), *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993, pp. 29-62.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005.
- Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.
- Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, sexta edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009.

- Ferrer I Beltrán, Jordi, "El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho", trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en Cruz Parceró, Juan A y Laudan Larry (comps)., *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas- Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 75-105.
- Ferrer Ortega, Luis Gabriel, *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- Feteris, Eveline T, *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo, "La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)", en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, España, Editorial Aranzadi, 2009.
- Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Piso 15 Editores, 2015.
- Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, quinta edición, México, Porrúa, 2013.
- Galvis Ortiz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, tercera edición, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005.
- García Figuroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- García Manrique, Ricardo, "La dignidad y sus menciones en la Declaración", en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, España, Editorial Aranzadi, 2009.

- García Ramírez, Sergio, "La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*", en Bogdandy, Armin von (coord.), et al., *Ius Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- García Velasco, Laura, "La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (acción de inconstitucionalidad 2/2010)", en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 1-19.
- García, Aniza, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Colección sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), Fascículo 1, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2005.
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- Gómez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa, 2014.
- González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, México, Tirant lo Blanch e Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- González Morales, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- González Ordovás, María José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.

- González, Ricardo, “La dignidad humana en clave hermenéutica. Una propuesta de Boaventura de Sousa Santos”, en Mendoza- Alvarez, Carlos (comp.), *¿Qué es hoy la dignidad humana?*, México, Universidad Iberoamericana, 2015.
- Guerra López, Rodrigo, *Afirmar a la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, Fascículo 8, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, et. al., (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Haba, Enrique P, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, pp. 321-360.
- Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 3-25.
- Heftye Etienne, Fernando, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2017.

- Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, Colección sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), Fascículo 6, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Hermida del Llano, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- Hernández Castaño, Diana Patricia, *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014.
- Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico.*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Homero, *la Ilíada*, México, Ediciones leyenda, 2007.
- Islas López, Abigayl, *et. al., Personas jurídicas y derechos humanos. Un debate sobre la titularidad de los derechos humanos*, primera reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015.
- Javier Calvo, Nestor, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, *Revista Vis Iuris*, núm. 1, vol. 1, enero-junio de 2014, pp. 141 - 161, Universidad Sergio Arboleda. Escuela de Derecho.
- Jiménez-Gómez, Carlos E, “Hacia el Estado abierto: justicia abierta en América Latina y el Caribe”, en Naser, Alejandra (ed), *et al.*, Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, pp. 231-252.
- Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001.

- Lara Chagoyán, Roberto, “Argumentación en materia de hechos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003, pp. 193-206.
- , *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, primera reimpresión, México, Porrúa, 2012.
- Leguizamón, Corina y Farhat, Rodrigo, (coords.), *Migración, derechos humanos y política migratoria*, Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y Organización Internacional para las Migraciones, 2016.
- Los filósofos presocráticos, 4a reimpresión, trad. de Armando Poratti. *et al.*, Madrid, Gredos, 2008, t. III, pp. 365-367.
- Los filósofos presocráticos, 4a reimpresión, trad. de Néstor Luis Cordero. *et al.*, Madrid, Gredos, 2008, t. II.
- Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2010.
- Maldonado, Carlos Eduardo, *Hacia una fundamentación filosófica de los derechos humanos*, tercera edición, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010.
- Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008, pp. 655-724.
- Medellín Urquiaga, Ximena y Fierro Ferráez, Ana Elena, *De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿Existe un cambio de paradigma?*, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, Fascículo 4, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Mena Vázquez, Jorge, “El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Cuarta época, vol. 1, Núm. 6, 2010.

- Menke, Christoph y Pollmann, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, trad. de Remei Capdevilla Werning, Barcelona, Herder, 2010.
- Miranda Bonilla, Haideer, “La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Núm. 119, mayo-agosto de 2009, pp. 37-68.
- Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2002.
- Mora- Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Mosterín, Jesús, *La naturaleza humana*, quinta edición, Madrid, Espasa Calpe, 2006.
- Narváez Hernández, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Navarro-Michel, Mónica, “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2015, núm. 35, pp. 132-138.
- Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978.
- Nieto Castillo, Santiago, *Los derechos en los tiempos del género (de mujeres, feminismo y derecho)*, primera reimpression, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017.
- Oehling De los Reyes, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010.
- Ost, François, *El velo de Antígona*, trad. de Pauline Capdevielle y Eva Marina Valencia Leñero, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

- , “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”, trad. de Isabel Lifante Vidal, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169-194.
- Pandeya, R.C, “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindú”, en Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985, pp. 295-307.
- Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2014.
- Paúl Díaz, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, núm. 43, 2o semestre de 2014, pp. 609 - 639.
- Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, primera reimpresión, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.
- Pelayo Möller, Carlos María y Vázquez Camacho, Santiago, “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, pp. 791-812.
- Popper, Karl R, *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez De Zavala, cuarta reimpresión, Madrid, Tecnos, 1977.
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, segunda reimpresión, México, Fontamara, 2005.
- Quintana Osuna, Karla I, “La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 21-54.
- Quintana Roldán, Carlos F y Sabido Peniche Norma D, *Derechos humanos*, quinta edición, México, Porrúa, 2009.

- Rawls John, *Teoría de la justicia*, sexta reimpresión., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Rodríguez Moreno, Alonso, “Algunas reflexiones sobre el cambio del concepto “individuo” por el de “persona” en la Constitución federal mexicana”, *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, nueva época, año 6, núm. 17, mayo-agosto 2011, pp. 13-42.
- Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2010.
- Romero Martínez, Juan Manuel, “La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana,” *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, México, núm. 12, enero-junio de 2017, pp. 36-56.
- , *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015.
- Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Editorial Itaca, 2013.
- Rovaletti, María Lucrecia, “Derechos humanos, sociedad de la información y sociedad de riesgo”, *Acta Bioethica*, vol. 16, núm. 2, noviembre de 2010, pp. 174-179.
- Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Salas, Minor E, “Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, octubre de 2007, pp.111-142.

- Sancari, Sebastián, “Tensiones, conflictos y desafíos en la labor jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Bercholz, Jorge O y Sancari, Sebastián (comps), *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aldina Editorial Digital, 2016.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición- Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, (Crítica y derecho, núm. 3), 2011.
- Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.
- Santos, Boaventura De Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, núm. 28, Julio de 2002, pp. 59-83.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2013.
- Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Seleme, Hugo Omar y Fatauros, Cristián A, “Estudio preliminar. La concepción de derechos humanos de Charles Beitz”, en Beitz, Charles R, *La idea de los derechos humanos*, trad. de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- Sierra Porto, Humberto Antonio, “Los nuevos derechos en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Rey, Fernando (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas-Editorial Complutense, 2011, pp. 137-150.
- Singer, Peter, *Ética práctica.*, trad. de Rafael Herrera Bonet, Madrid, Akal, 2009.
- Solís García, Bertha, “Evolución de los derechos humanos”, en Moreno-Bonett, Margarita y Álvarez de Lara, Rosa María (coords.), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Tomo I, México, Facultad de Filosofía y Letras e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 77-99.
- Solozabal Echavarría, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, Número 71, enero- marzo de 1991, pp. 87-109.
- Starck, Christian, “Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán”, trad. de Alberto Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 9, enero-diciembre de 2005, pp. 489-497.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo. El caso Avena*, primera reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Modelo social de discapacidad: directrices para la interpretación del estado de interdicción en el Distrito Federal*, Serie decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos. Parte general*, Serie derechos humanos 1, segunda reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

- , *Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, Serie Derechos Humanos: 2.
- Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral 20, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- Tello Moreno, Luisa Fernanda, *El derecho al patrimonio común de la humanidad. Origen del derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Torralba Roselló, Francesc, *¿Que es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Barcelona, Herder, 2005.
- Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Taurus, 1978.
- Uribe Álvarez, Roberth, "Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 337-356.
- Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa- Cámara de Diputados, 2006.
- Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006.
- Vara Martín, Julián, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo. Lecciones de teoría del derecho y del derecho natural*, Madrid, Tecnos, 2007.
- Vasak, Karel, "Human rights: as a legal reality", en *The international dimensions of human rights*, Estados Unidos de América, Greenwood Press y UNESCO, 1982.

- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 135-165.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.
- Villán Durán, Carlos, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en Faleh Pérez, Carmelo y Villán Durán, Carlos (directores), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asturias, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Velasco Ediciones, 2017, pp. 21-36.
- Villar Borda, Luis, *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, reimpresión, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Núm. 9, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2004.
- Vivas Barrera, Tania Giovanna, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado”, en Chacón Triana, Nathalia, et., al., *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 9-35.
- Waluchow, Wilfrid J., *Positivism jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.

- Warren Howard C (ed.), *Diccionario de psicología*, séptima edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1968.
- Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, cuarta reimpresión, trad. de Mar Vidal, México, Ediciones culturales Paidós- Ariel, 2015.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009.
- Zakaria, Fouad, “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el mundo árabe”, en Diemer, A, *et. al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. de Graziella Baravalle, Barcelona, Serbal y UNESCO, 1985, pp. 251- 268.
- Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, trad. de David Martínez Zorrilla, en Zucca, Lorenzo, *et. al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

CASOS JUDICIALES:

- Corte Constitucional de Colombia, Expediente T-4.067.849, acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, *Revisión de las Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros y Edwin Campo Vega (personero del Arenal, Bolívar) contra Electrocosta S.A. E.S.P.* Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, *demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal promovida por José Eurípides Parra Parra*, Expediente: D-1490, Sentencia C-239/97 del 20 de mayo de 1997.
- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.
- Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* (Fondo), Sentencia del 15 de marzo de 1989, serie C, núm. 6.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257.

CEDH, *Case Tyrer v. The United Kingdom* (Application num. 5856/72), Sentencia del 25 de abril de 1978.

CEDH, *Case Bock v. Germany* (Application num. 11118/84), Sentencia del 29 de marzo de 1989.

CEDH, *Case Ribitsch v. Austria* (Application num.18896/91), Sentencia del 4 diciembre de 1995.

CEDH, *Case Pretty v. United Kingdom* (Application num. 2346/02), Sentencia del 29 de abril de 2002.

CEDH, *Case Gross v. Switzerland* (Application num. 67810/10), Sentencia del 30 de septiembre de 2014.

Case Gross v. Switzerland (Application num. 67810/10), Sentencia del 14 de mayo de 2013.

CEDH, *Case Haas v. Switzerland* (Application num. 31322/07), Sentencia del 20 de enero de 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, sentencia del 28 de agosto de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Quejosos: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C, Amparo en revisión 237/2014*, Sentencia del 4 de noviembre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, Sentencia del 3 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional de España, recurso de amparo núm. 412-2012, promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 del 25 de junio de 2015.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS:

Primera Sala, “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética” tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.) en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, t. II, agosto de 2016.

Tribunales Colegiados de Circuito, “Derecho a la dignidad humana. Es connatural a las personas físicas y no a las morales”, tesis de jurisprudencia VI.3o.A. J/4 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XXIII, t. 3, agosto de 2013.

Tribunales Colegiados de Circuito, “Dignidad humana. Definición”, tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/30 (9a.) en materia civil, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 3, octubre de 2011.

Tribunales Colegiados de Circuito, “Dignidad humana. Su naturaleza y concepto”, tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/31 (9a.) en materia civil, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 3, octubre de 2011.

Tribunal pleno, “Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales”, tesis aislada P. LXV/2009 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, diciembre de 2009.

Pleno, “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende”, tesis aislada P. LXVI/2009, en materia civil y constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXX, diciembre de 2009.

Primera Sala, “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas”, tesis aislada 1a. CCXCI/2016 en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016.

Primera Sala, “Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas”, tesis aislada, 1a. CCLXVII/

2016, 10a., en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Tomo II, Noviembre de 2016.

OPINIONES CONSULTIVAS:

Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4.

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A, núm.17.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración. Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del pacto, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, 38º período de sesiones, del 30 de abril al 18 de mayo de 2007.