



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS NO
ESCRITOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA A TRAVÉS DE LA
INTERPRETACIÓN JUDICIAL**

TESIS

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

TUTOR:

**DR. GERMÁN EDUARDO BALTAZAR ROBLES
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX.,NOVIEMBRE DE 2019



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.

SINODALES DEL JURADO:

DRA. MIREILLE ROCCATTI VELÁZQUEZ

MTRA. VERÓNICA COLINA HERNÁNDEZ

DR. GERMÁN EDUARDO BALTAZAR ROBLES

MTRO. LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ

DRA. JULIETA MORALES SÁNCHEZ

DEDICATORIAS

TIBI
DOMINE
EX ANIMO,
QUEM TU
SOLUS INTROSPICIS
INTER ANGUSTIAS

Dedico este trabajo a mi familia, quienes conforman mi mundo:

Con infinito cariño y gratitud a mi madre, simplemente por todo, por estar conmigo.

Con anhelo a la memoria de mi padre, a quien nunca podré pagar su sacrificio.

Con admiración a mi hermana mayor Adriana, mi gran ejemplo de fortaleza y nobleza.

Con un fraternal abrazo a mi hermana Cristal, a quien deseo luz en su papel de madre.

Con el deseo sincero de una vida llena de alegría y felicidad, a mi querida sobrina Hanna.

La tinta que corre en este papel se sella para ustedes con cuatro letras:
Amor.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México, porque le debo más que mi formación profesional, no alcanzarían las palabras para expresar mi eterna gratitud. Deseo que las mujeres y hombres que la conforman sigan guiando al pueblo de México y construyendo un mejor futuro.

A mis extraordinarios maestros, a quienes quiero mencionar para hacer explícita mi admiración. A las doctoras y doctores Carlos Rolando Penagos,

Jorge Ulises Carmona Tinoco, Antonio Sánchez Bugarin, Carlos Salvador Ordoñez, Odra Zúñiga Becerra, Alberto Del Castillo Del Valle, Rosa Carmen Rascón Gasca, Francisco Xavier Bosch y Gutiérrez, Rafael Quintana Miranda, Fernando Guadalupe Flores Trejo, Rodrigo Brito Melgarejo, Carla Huerta Ochoa, Manuel González Oropeza, Raymundo Gil Rendón, Enrique Aguirre Saldívar, y Aida Del Carmen San Vicente. Quienes además de fomentar y difundir el conocimiento en nuestras aulas nos inspiran con su ejemplo para la vida.

Especialmente al Magistrado German Eduardo Baltazar Robles, quien con generosidad, y desde el primer día en que tuve la fortuna de conocerlo, me brindó su apoyo. Una labor importante que distingue a los grandes maestros es ayudar a los demás para alcanzar sus metas. Mi eterno y sincero agradecimiento.

Al apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, por la beca que me permitió desarrollar este proyecto.

A mis maravillosos amigos y compañeros de aula.

A mi queridísima amiga Belem, por su cariño fraternal y ayuda en momentos difíciles.

Piensa que en ti está el futuro
y encara la tarea con orgullo y sin miedo.
Aprende de quienes puedan enseñarte.
Las experiencias de quienes nos precedieron
de nuestros «poetas muertos»,
te ayudan a caminar por la vida
La sociedad de hoy somos nosotros:
Los «poetas vivos».
No permitas que la vida te pase a ti sin que la vivas.

Walt Whitman

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------	---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

1. Sobre la necesidad de aclarar el concepto de derechos humanos	1
2. Elementos para conceptualizar los derechos humanos	2
3. El concepto de derechos humanos para este trabajo	18
4. Problematicación	21

CAPÍTULO I LOS DERECHOS HUMANOS NO ESCRITOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS

1. Planteamiento	31
1. 1. El fundamento de los derechos humanos: la dignidad	32
1. 2. El proceso de positivización de los derechos humanos	38
1. 3. Evolución y ampliación de los derechos humanos	46
2. La teoría de los derechos implícitos	54
2.1. Derecho constitucional americano	58
2.2. Derecho internacional de los derechos humanos	63
2.3 Observaciones sobre la conveniencia de la teoría de los derechos implícitos.	66
3. ¿Qué significan el “reconocimiento” y los “derechos humanos no escritos”?	71

CAPÍTULO II LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS NO ESCRITOS

1. Planteamiento	81
1.1. La interpretación constitucional y los intérpretes constitucionales	85
2. Análisis de los elementos para el reconocimiento de derechos humanos por interpretación judicial	89

2.1. Sujetos, objetos y vías de la interpretación constitucional	90
2.2. Las lagunas del ordenamiento en materia de derechos humanos	93
2.3. Disposiciones, normas y normas implícitas	97
2.4. Las operaciones interpretativas	106
2.5. El uso de los principios y valores en la interpretación	121
2.5.1. Doble función de los derechos; sus dos dimensiones	128
2.6. La interpretación del juez constitucional y la creación normativa	132
3. Un esquema hipotético de las formas de interpretación de derechos no escritos	141

CAPÍTULO III EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

1. Análisis de casos	145
Caso A. Derecho a la vida	146
Caso B. Derecho al mínimo vital	148
Caso C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad	151
Caso D. Derecho al matrimonio igualitario	160
Caso E. Derecho de libertad de imprenta en medios no gráficos	164
Caso F. Presunción de inocencia	168
Caso G. Derecho a una vivienda digna y decorosa.	171
Caso H. Derecho a recibir alimentos	174
Caso I. Derecho a honrar a los muertos	176
Caso J. Derechos en denuncias de desapariciones de mujeres	177
2. Balance general de los casos	180
3. Reflexiones inmediatas	184
3.1. Los jueces como garantía de la Constitución	185
3.2. La hermenéutica jurídica	193
3.3. Constitución abierta y derechos humanos	202
3.4. La completitud del sistema constitucional de derechos humanos	208
CONCLUSIONES	221
FUENTES CONSULTADAS	227

INTRODUCCIÓN

La presente investigación parte de la idea de que no todos los derechos humanos están escritos en el texto de la Constitución Mexicana y que, no obstante, esta falta de previsión no implica su negación. Se puede afirmar que aunque no todos los derechos humanos están escritos de modo expreso en la Constitución, sí están reconocidos, al menos de modo implícito. De esta manera, puede suceder que se reclame la protección constitucional de una pretensión legítima que no encuentre un acomodo textual en la Constitución, y que siendo necesaria e indispensable para proteger la dignidad de las personas sea un derecho humano. Surgiría, entonces, el problema de cómo otorgarle protección si no tiene identidad con alguna disposición jurídica.

En este trabajo se sostiene que la interpretación judicial de la Constitución puede ser la solución a tal contrariedad. El problema que se investiga se refleja en la pregunta: ¿La interpretación efectuada por jueces constitucionales es un medio por el que se puede lograr el reconocimiento de un derecho humano no escrito en la Constitución? La hipótesis es que la interpretación constitucional efectuada por los jueces constitucionales es un medio válido de reconocimiento de derechos humanos no escritos.

Así, la finalidad de la investigación es demostrar que si una situación de hecho pone en riesgo la dignidad humana por falta de un reconocimiento constitucional específico que prevea tal supuesto como un derecho humano, este problema puede ser resuelto por medio de la interpretación judicial de la Constitución, dado que el sistema ofrece garantías suficientes para ello. Por tanto, el objetivo general es demostrar que la interpretación constitucional efectuada por jueces constitucionales es un medio válido de reconocimiento de derechos humanos no escritos en la Constitución Mexicana. Para alcanzarlo, se plantean como objetivos específicos: a) Indagar la existencia de derechos humanos no escritos en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; b)

examinar si los derechos humanos no escritos en la Constitución pueden adquirir reconocimiento mediante interpretación, así como los medios y operaciones interpretativas necesarias para ello; y c) explorar la conveniencia y utilidad del reconocimiento de derechos humanos no escritos efectuada por jueces mediante interpretación.

Se propone que la interpretación judicial de la Constitución tiene alcances importantes que pueden llevar, incluso, al reconocimiento y protección de derechos humanos, aunque éstos no estén escritos. La investigación tiene por intención destacar el papel de los jueces constitucionales en la protección de los derechos humanos, y cómo sus decisiones ayudan a completar el sistema constitucional. Si se muestra que la interpretación judicial es un medio válido de reconocimiento de derechos, es decir, como fuente, podría decirse que se está ante un orden constitucional completo, porque a través de los jueces se puede dar protección a cualquier situación que implique la dignidad de la persona.

Hay que explorar la posibilidad de que los derechos sean reconocidos mediante la interpretación constitucional; desde luego, tal cosa se pretende demostrar mediante el análisis de casos donde esto se ha presentado, pero, también, se indaga en las fuentes teóricas. El método que se sigue, se basa en el análisis y la síntesis. Esto es, una vez que se ha identificado el problema, se divide en diferentes partes para estudiarlo más fácilmente a través de conceptos y opiniones doctrinales; tras dicho estudio, se hace una síntesis de todo lo obtenido. Además, a modo de comprobación, se han seleccionado una serie de casos que puedan servir para construir una demostración casuística del tema. Se trata, ante todo, de una investigación documental cuyas fuentes son principalmente dos, la doctrina y la jurisprudencia.

El problema se aborda, para su análisis, en tres capítulos. El primero se halla dividido en dos partes. En primera instancia, se atiende la posibilidad de que existan derechos humanos que no estén escritos en la Constitución, planteando algunos puntos que ayudan a esbozar tal

idea. Al respecto, se estudian tres argumentos importantes: 1. El fundamento de los derechos humanos es la dignidad. 2. El proceso de positivización de los derechos humanos es limitado y no finito. 3. Existe una evolución y ampliación de los derechos humanos, constante y permanente. Posteriormente, se estudia la teoría de los derechos implícitos como solución a la presencia de derechos no escritos, se presenta el contenido básico de esta teoría y su existencia en el derecho constitucional americano, así como en el derecho internacional de los derechos humanos, en un ejercicio comparativo. La idea de lo implícito es clave para el tema.

En el segundo capítulo, se propone un estudio de los elementos que conformarían el proceso de interpretación constitucional por el que los jueces pueden reconocer derechos humanos. Se señalan los presupuestos necesarios para plantear ese reconocimiento en el sistema mexicano, donde ocupa un papel central la distinción entre disposiciones jurídicas, normas expresas y normas implícitas; se estudian, además, las operaciones interpretativas que serían relevantes para este proceso. Al mismo tiempo, se esboza un esquema hipotético de los supuestos en que pueden plantearse estos derechos, que servirá para confrontarlo con un análisis de casos concretos.

En el tercer capítulo, esta investigación se vale del análisis de una serie de casos para construir una demostración de la hipótesis planteada, es decir, se hará una comprobación casuística sobre cómo han sido reconocidos derechos que no están escritos en la Constitución y se han considerado protegidos en el orden jurídico mexicano mediante la interpretación judicial de la Constitución. Asimismo, la última parte del capítulo se usará para hacer reflexiones inmediatas, como el papel de los jueces como garantía de la Constitución; la hermenéutica jurídica como método; el concepto de “constitución abierta” y la completud del sistema de derechos humanos. Al final, se ofrecerán las conclusiones respectivas sobre la totalidad de la investigación.

Con el panorama planteado, sólo resta decir que el motivo para desarrollar este trabajo se encuentra en destacar la importancia de los derechos humanos en el Derecho Constitucional, ante los cuales, los jueces deben hacer uso de todas las herramientas hermenéuticas a su alcance, a fin de darles una vigencia real y efectiva, pues siempre se ha de tener presente que tras ellos se encuentran las personas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

“Pensar es conocer mediante conceptos”
Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura*.

SUMARIO: 1. *Sobre la necesidad de aclarar el concepto de derechos humanos.* 2. *Elementos para conceptualizar los derechos humanos.* 3. *El concepto de derechos humanos para este trabajo.* 4. *Problematización.*

1. *Sobre la necesidad de aclarar el concepto de derechos humanos*

El objeto de esta tesis será demostrar que la interpretación judicial puede ser un medio de reconocimiento de derechos humanos no escritos en el texto de la Constitución Mexicana. Sin embargo, previo a esa demostración, es necesario hacer una delimitación conceptual de qué son los derechos humanos a fin de que haya claridad sobre el marco en que la investigación se desarrolla y que, en consecuencia, se favorezca la comprensión de las conclusiones a las que se llegará conociendo los conceptos desde los que se parte.

El concepto es necesario porque, por su naturaleza, sirve para dar a conocer la esencia de las cosas, es la “*esencia necesaria, aquello por lo que no pueden ser diferentes a lo que son*”.¹ Los conceptos son fruto de una labor teórica de intensa reflexión, su mérito es encontrar las propiedades esenciales de un objeto que facilitan la creación de una base

¹ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª ed., trad. Esteban Calderón et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 190.

comunicativa con las demás personas,² por ende, son importantes para comunicar los pensamientos con éxito y claridad. Es así que, como el objeto primordial de este trabajo son los derechos humanos, se necesita dar una definición de ellos para lograr con éxito la comunicación de ideas.

El concepto de derechos humanos ha sido ampliamente abordado como un problema por diversas corrientes del pensamiento, sin que se haya llegado hasta hoy a una conclusión definitiva. Los derechos humanos son, en ese sentido, una de las grandes aporías del Derecho, es decir, se tratan de un problema del cual no es posible llegar a una conclusión definitiva, y sobre el que existirá siempre algún grado de duda, como pasa cuando se habla del concepto de justicia. Puede decirse, entonces, que los conceptos existentes sobre derechos humanos deben ser vistos sólo como transitorios, pues estarán sujetos a revisiones constantes.

2. Elementos para conceptualizar los derechos humanos

Si bien podría exponerse una lista muy amplia —quién sabe si infinita— sobre conceptos de derechos humanos, proceder así sería una complicación metodológica infructuosa; en cambio, la intención en esta consideración preliminar es sólo presentar elementos que permitan dar a conocer el concepto desde el cual se parte para demostrar la hipótesis propuesta.

El acercamiento más básico a un concepto suele ser a partir del significado mismo de la palabra, como se hace cuando se dan las etimologías de un término. Sin embargo, en el caso de los derechos humanos, no es posible hacer esto porque ni siquiera hay claridad terminológica respecto de ellos. Es, entonces, que el primer problema será la ambigüedad del término “derechos humanos”. En la lingüística, se dice

² Blauberg, I., *Diccionario de Filosofía*, trad. Alejandro Méndez García, México, Ediciones Quinto Sol, 2014, pp. 61-62.

que algo es ambiguo cuando un término puede entenderse de varios modos o admite distintas interpretaciones y da, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.³ Es así que, el término derechos humanos es dudoso, según se observó, al menos por tres razones: 1. La imprecisión técnica del término; 2. Un uso diverso y heterogéneo; 3. La existencia de otros conceptos afines. Enseguida se explicará con un poco más de detalle cada una de estas razones.

1. La imprecisión técnica del término. Desde la aparición original de la expresión “derechos del hombre”, y aún con la moderna “derechos humanos”, surgieron las primeras críticas a lo redundante del término, dado que resulta innecesario decir que algún derecho sea del hombre o humano, pues todo derecho, como producción social, es una obra humana; además, sin hombres no hay derecho.⁴ Aunado a ello, se han planteado otras críticas admisibles, incorporadas para perfeccionar el término, como el caso particular de la denominación de la Declaración Universal para el idioma español, donde se decidió usar la expresión “derechos humanos” en oposición a “derechos del hombre”, ya que por cuestiones de la lengua parecía que se excluía a la mujer; por dicha razón, en la versión en lengua española se dejó de usar la tradicional fórmula derechos del hombre, para que hubiera inclusión del género humano como especie y no por sexo.⁵

Una distinción más crítica del término es la que hacía Jeremy Bentham respecto de la declaración francesa; donde, en primera

³ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., España, Espasa, 2001, t. I, p. 134.

⁴ Véase Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Argentina, Ediar, 1994, pp. 29-31; y Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10^a ed., España, Tecnos, 2010, pp. 24-31; así como León Bastos, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, España, Reus, 2010, pp. 15-17.

⁵ Cfr. Resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas, número 548 (VI) del 5 de febrero de 1952, y véase Toro Huerta, Mauricio Iván del, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 23.

instancia, nota la vaguedad del concepto y la impresión de otros en los que se sustenta, como libertad, igualdad o seguridad; en segundo lugar, el filósofo critica la no distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo, o sea, no diferenciar entre la realidad y el deseo. Por ejemplo, cuando se declaraba, en ese entonces, que “todos los hombres nacen libres e iguales en derechos”, pero, al mirar la realidad práctica, se aprecia aquello que la norma describe como hecho no constituye la realidad, se hace notar que buenas razones para desear un derecho no constituyen el derecho mismo, se necesita mucho más que eso.⁶

María Eugenia Rodríguez Palop, por su parte, señala que el término derechos humanos se ha tachado de ambiguo porque no permite distinguir el plano ético del jurídico, y de redundante porque todos los derechos son humanos; aun así, para ella, el término parece tener la virtud de resultar suficientemente amplio y descriptivo, pues tiene la propiedad de incluir en su seno tanto los derechos positivizados, como serían aquellos que se han recogido en el derecho internacional, así como otras exigencias morales que se reclaman como derechos básicos y no positivizados. Por tanto, la expresión derechos humanos recoge, por un lado, ciertos elementos de moralidad que debiéndose trasladar al Derecho positivo aún no han sido juridificados; por otro, aloja aquellos derechos que han sido reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales de más vasto alcance. Es por eso que, cuando se quiere aludir sólo a los derechos garantizados como tales en textos jurídicos vinculantes, se utiliza la expresión derechos fundamentales, en cambio, cuando se habla de pretensiones morales justificadas que no han sido acogidas por el Derecho, se suele usar la denominación derechos morales.⁷

⁶ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, pp. 27-31.

⁷ Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos: Origen y justificación*, 2ª ed., España, Dykinson, 2010, pp. 23-24.

A pesar de la validez de estas críticas, hay que tener presente que el texto normativo de la Constitución Mexicana usa, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, el término “derechos humanos”. Por ello, en atención a la delimitación geográfica y temporal de la investigación, habrá de usarse el mismo término, cuyo concepto se dotará de contenido líneas más adelante.

2. El uso heterogéneo del término por distintas ciencias, disciplinas, y el uso común. No debe perderse de vista que el término derechos humanos no es de uso exclusivo y particular del ámbito jurídico, tal vez ni siquiera sea de uso original del Derecho. Debe observarse, por tanto, que el término es empleado de manera diaria con diversas significaciones y sentidos, e incluso diferentes cargas ideológicas, en la política, la sociología, la filosofía, y en muchas otras ciencias, incluido el arte y la crítica de las diversas disciplinas artísticas donde se puede decir que una determinada producción es abordada desde la perspectiva de los derechos humanos. Aunado a ellos, existe el uso coloquial en ámbitos como el periodístico, así como el que le dan las personas en general, sin que los hablantes tengan delimitado con precisión el concepto y tal vez ni siquiera exista consenso en la idea más básica.

En tanto, Ariadna Estévez y Daniel Vázquez exponen los derechos humanos como múltiples expresiones de distintos fenómenos político-sociales, pues a pesar de que, sin duda alguna, son normas, abordados así a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, también representan relaciones de poder que se construyen de diferentes maneras, en distintos ámbitos y que involucran actores como gobiernos, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales y personas específicas. Empero, también son discursos de varios y diversos tipos con diferentes movibilidades y objetivos, además, cuando son performativos, los derechos humanos constituyen

identidades. Para ellos, estos derechos son claramente un fenómeno multidimensional que requiere diversas aproximaciones.⁸

En una tesis similar, Alan Arias Marín indica que los derechos humanos son controversiales y para nada autoevidentes (contrariamente a lo que señala el discurso jurídico dominante). Para él, desde la perspectiva teórica y académica contemporánea se pueden distinguir cuatro modelos principales de concebir los derechos humanos: la escuela naturalista que los considera como dados, inherentes a la persona; la deliberativa, que los admite como acordados o consensuados socialmente, es decir, son una construcción sobre cómo se debe orientar la política de la sociedad; la disidente, escuela de protesta o resistencia, la cual sostiene que los derechos humanos están arraigados en la tradición histórica de las luchas sociales y políticas y que son resultado de ellas; por último, la contestataria, que los concibe como un hecho del lenguaje, meros discursos referidos a los derechos humanos.⁹

Es así que, pareciera que hoy en día todas las ciencias, disciplinas, grupos sociales e individuos esperan tener una postura en materia de derechos humanos, y que cada vez más se diversifica su uso en la filosofía, la política, la economía, la sociología, incluso, en el ámbito artístico; de modo que el concepto se carga de cierta ideología, moralidad o emotividad de acuerdo al ámbito donde se decida aplicar. A pesar de ello, se debe tratar de limitar y definir su uso, para efectos del presente trabajo, al ámbito jurídico.

3. La existencia de otros conceptos afines. Una vez que se quiere dejar superados los problemas anteriores, situándose ya exclusivamente en el ámbito jurídico, se halla una dificultad sobre la relación del concepto derechos humanos con otros términos. Hay otros conceptos que se usan

⁸ Estévez, Ariadna y Vázquez, Daniel (coords.), *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*, México, FLACSO, 2015, p. 7, y *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, México, FLACSO, 2010.

⁹ Arias Marín, Alan, "Contribución a una teoría crítica de los derechos humanos", en *Derechos humanos y transformación política...*, cit., pp. 29-31.

tanto en el ámbito doctrinal, como en el derecho comparado y en el internacional, que complican saber si, a pesar de las diferentes denominaciones, se está hablando de la misma cosa o si, aunque relacionados genéricamente con la idea nuclear de los derechos humanos, pueden ser diferenciados cada uno de ellos por ciertas notas particulares. Entre estos términos se encuentran algunos como: derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, derechos constitucionales, derechos individuales, libertades públicas, garantías, garantías constitucionales, etcétera.

Por ello, para efectos de este trabajo, se propone lo siguiente. En cuanto al concepto, se referirá “derechos humanos” porque es el término que formalmente utiliza la Constitución Mexicana a partir del 10 de junio de 2011. Sin embargo, se estima que como estos derechos se han constitucionalizado, también se pueden referenciar como derechos fundamentales. En segundo lugar, y dado que esta investigación es jurídica, se dará relevancia al uso del término en el campo del Derecho sobre los usos y significados que les den otras ciencias.

Pese a ello, no se puede dejar de hacer una crítica al uso del término derechos humanos en la Constitución, el cual resulta infortunado, pues se confunde el reconocimiento normativo con el cumplimiento de los mismos, generando un grave desajuste entre la norma y la realidad. La aspiración de los derechos humanos se cumple a través de su protección normativa, pero no debe confundirse el fin con el medio. Los derechos humanos son una idea superior que se aspira cumplir, entre otras cosas, mediante las normas jurídicas, por ello, se usa la Constitución como instrumento de protección; acto que aunque trascendente, no basta, puesto que esas normas son sólo un vehículo y no son en sí mismas los derechos humanos.

Hay que recordar el viejo debate que existía en el constitucionalismo mexicano sobre los “derechos del hombre” de la Constitución de 1857, y las “garantías individuales” de 1917, donde se discutía el tamiz ideológico

de cada una de estas expresiones, entre iusnaturalismo o iuspositivismo, respectivamente. En este punto, se cita al Doctor Jorge Carpizo quien señalaba que en realidad no tenía sentido hacer una diferenciación ideológica en ambas constituciones, pues las llamadas garantías tenían como fundamento los derechos humanos.¹⁰ Es claro que las garantías también respondían a la idea de proteger la dignidad humana ante el Estado. Por añadidura, hay que tener en cuenta que ahora la Constitución Mexicana indica, en su título primero, una consagración de los derechos humanos y sus garantías, pero no revela el sentido y contenido de las segundas, ya ni siquiera en los términos del Derecho Procesal Constitucional donde se conciben las garantías como instrumentos procesales de protección de los derechos,¹¹ puesto que en ese título no se encuentra ningún procedimiento de defensa de estos. De modo que, aparte de un uso inadecuado del término derechos humanos parece haber una referencia innecesaria a las garantías.

Hubiera sido preferible que se mantuviera el término garantías sobre el de derechos humanos, para mantener la idea de que éstos son el origen de aquellas, y que una cosa es la fuente y otra la norma positiva; o bien derechos fundamentales, no tanto así derechos constitucionales, pues hay que recordar que hay derechos constitucionales que no son derechos humanos (ej. los que se reconocen a los partidos políticos como el financiamiento público). En cambio, con la actual denominación sucede que se reducen los derechos humanos a uno de sus mínimos aspectos que es la expresión normativa, generando una especie de frustración al ver que la norma jurídica constitucional no coincide con la realidad, y sufriendo un desencanto ante la falta de correspondencia entre ambas cosas, de ahí se sigue una banalización de la idea de derechos humanos. Hasta aquí la crítica al término usado en la Constitución Mexicana,

¹⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 16ª ed., México, Porrúa, 2013, pp. 312-318.

¹¹ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 67-68.

Ahora, una vez que se explicó el nombre de la cosa, es deseable describir la cosa misma, el contenido de la expresión derechos humanos o, mejor dicho, se quiere explicar la idea en la que se piensa cuando en este trabajo se refiera a ellos. Se iniciará con una exposición de definiciones doctrinales que se han elegido porque en ellas se ven elementos que sirven para derivar la propia.

En primer lugar, se cita el concepto del jurista español Antonio E. Pérez Luño: “los *derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*”¹² Es importante destacar que este concepto se sustenta en tres ideas guía, iusnaturalismo en su fundamento, historicismo en su forma, y axiologismo en su contenido.¹³

En cuanto al iusnaturalismo como fundamento, permite diferenciar entre la idea de derechos humanos y la de derechos fundamentales (usada en la Constitución Española), donde estos últimos se conciben como derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico que generalmente es la norma constitucional para que gocen de una tutela reforzada, es decir, que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados. Con esta idea se expresa la diferencia entre los derechos humanos y la norma positiva que sólo puede hacer su reconocimiento; y que la garantía jurídica de los derechos proclamados en el orden positivo es siempre limitada, pues no alcanza a revestir completamente a los primeros. Esta idea de que la norma positiva no consigue consumir la protección de los derechos humanos es la que

¹² Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, pp. 50-53.

¹³ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993, pp. 179-198.

interesa destacar, ya que constituye parte del problema de la investigación.

El iusnaturalismo como fundamento, además, sirve para distinguir que las exigencias y expectativas de los derechos no siempre corresponden con los que existen consagrados en ciertos ordenamientos como el nacional: piénsese por ejemplo que la Constitución Mexicana no reconoce explícitamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad que sí se reconoce, por ejemplo, en el artículo 10.1 de la Constitución de España; o el derecho a manifestar la religión de manera pública y colectivamente que se reconoce en el artículo 18 de la Declaración Universal, la cual no es un tratado jurídicamente vinculante. La pregunta es entonces ¿a causa de esta falta de reconocimiento no podrían ser reclamados como derechos humanos estas exigencias? En este trabajo se cree que sí, que a pesar de ello pueden ser exigidos.

Como ya se dijo, para Pérez Luño, la fundamentación iusnaturalista permite distinguir el orden positivo del orden ético a que responde el derecho natural, de modo que hay distinción entre Derecho y moral, con ello, queda claro que los derechos humanos responden a instancias valorativas que definen la condición humana y que pueden desvincularse del ordenamiento jurídico e, incluso, servir de modelo y límite crítico a las estructuras normativas positivas. El segundo elemento de la definición es la forma histórica de los derechos. Éstos admiten su adaptación a las circunstancias históricas en que se reclaman y a la peculiaridad de los casos planteados. La idea queda clara si se piensa en la llamada teoría de las generaciones de los derechos que demuestra cómo las exigencias recogidas en los catálogos constitucionales no son nunca una labor acabada, sino que van en expansión, como el curso de la historia.

Finalmente, en cuanto al axiológismo como contenido, se da a notar que tienen una condición axiológica que no se agota en los conceptos generales de justicia, por el contrario, se prolongan al contenido de otros valores concretos tales como la dignidad, la libertad y la igualdad.

Aunque se han planteado intentos reduccionista doctrinales de limitar a un solo valor el fundamento de los derechos humanos como la dignidad humana, Pérez Luño la acepta como núcleo axiológico de los derechos de la persona, aunque, para él, ese núcleo sólo se protege a través de los valores de la libertad y la igualdad.¹⁴

En suma, se eligió este concepto por su composición basada en estos tres elementos: el reconocimiento de un fundamento superior al orden positivo que los permite desvincular del orden jurídico existente y, más aún, sirve para criticarlos; la dimensión histórica de los derechos humanos que permite apreciarlos como una obra inacabada en expansión y evolución; y su relación con valores como la dignidad, la libertad y la igualdad, que los acerca al mundo de la moralidad. Estas ideas servirán para formar el concepto más adelante.

En segundo lugar, y para hacer un contraste, se estudiará la concepción del jurista alemán Robert Alexy. En principio, para este autor, “*los derechos humanos, son derechos.*” Con esto quiere decir que se trata de relaciones normativas entre tres elementos: el titular, el destinatario y el objeto del derecho, es entonces una relación triádica en la cual derechos a algo y obligaciones relacionales son dos lados de una misma cosa porque son relaciones conversas, dado que entre normas y derechos existe una conexión necesaria, no obstante, siempre que exista un derecho, tiene que haber una norma que lo conceda. La existencia de derechos y la validez de las normas son, por tanto, correlativos. Por este último aspecto, para el jurista alemán, el problema de la fundamentación, aplicación y cumplimiento de los derechos humanos es también el problema de la fundamentación, aplicación, y cumplimiento de normas con determinadas estructuras y determinados contenidos.¹⁵

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año V, núm. 8, enero-junio 2000, pp. 21-24.

Alexy sostiene, de igual forma, la tesis de que: “*No todos los derechos son derechos humanos*”. A partir de esta segunda idea, hace un análisis de los elementos que diferencian los derechos humanos de otros derechos; estableciendo cinco características: universalidad, validez moral, fundamentalidad, prioridad y abstracción, cuya explicación es la siguiente:¹⁶

1. Universalidad. Hay que distinguir entre la universalidad del titular y la de los destinatarios. La de la titularidad consiste en que son derechos que corresponden a todos los seres humanos. En tanto, la universalidad de los destinatarios significa que son derechos *erga omnes*, a saber, derechos de todos frente a todos, derechos frente al Estado y frente a otros seres humanos.
2. Validez moral. Los derechos humanos se tratan de derechos morales. Un derecho moral existe cuando la norma que lo concede vale moralmente, esto es, cuando puede ser justificada frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional. De este modo, los derechos humanos existen cuando pueden ser justificados frente a todos. Su carácter moral no se opone a la institucionalización jurídica, porque pueden hacerse cumplir con la ayuda de la coacción. Su calificación como derechos morales tiene exclusivamente el fin de delimitarlos con respecto a los derechos positivos. La adscripción de los derechos morales al ámbito de la legalidad tiene la ventaja de que los derechos humanos pueden ser transformados en derechos jurídico-positivos, sin ningún cambio de su contenido, y segundo, sin pérdida de su validez moral. Con la positivización se les suma solamente la validez jurídica como un fundamento adicional.
3. Fundamentalidad. Concierno al objeto de los derechos en tanto los derechos humanos se tratan de la protección y satisfacción de

¹⁶ *Ibidem*, pp. 24-30.

intereses y necesidades fundamentales. Un interés o una necesidad es fundamental cuando su violación o su no satisfacción significa la muerte o padecimiento grave, o bien, toca el núcleo esencial de la autonomía.

4. Prioridad. Son derechos prioritarios frente al orden positivo. Al respecto, se debe diferenciar entre una prioridad débil y una fuerte. La primera consiste en que no es el derecho positivo la medida para el contenido de los derechos humanos, por el contrario, los derechos humanos son la medida para el contenido del derecho positivo. El derecho positivo que viola derechos humanos es, en su contenido, un derecho incorrecto. La incorrección resultante de la violación de derechos humanos no implica la pérdida de la validez jurídica o del carácter jurídico. Este caso se da en una prioridad fuerte. En ésta, la violación de un derecho humano suprime el carácter jurídico y, con ello, también la validez jurídica del derecho positivo contradictorio.
5. Abstracción. Tiene tres dimensiones: La primera se halla en relación a los destinatarios, en tanto que no está dicho frente a quién se dirige el derecho, luego entontes, se abstrae el destinatario. La segunda, se refiere a la modalidad del objeto del derecho; queda abierto el derecho. La tercera, afecta a la restricción del derecho (necesitan una cláusula restrictiva). A las tres dimensiones se suma el alto grado de generalidad del objeto del derecho.

Conviene, también, dejar en claro que cuando Alexy habla del concepto material de derecho fundamental, estima que hay una relación de implicación necesaria que existe entre los derechos fundamentales y

los derechos humanos: aquellos son, en esencia, derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo.¹⁷

Parece, entonces, que el jurista alemán pretende abordar el tema de los derechos humanos como un problema de normas con ciertas características y contenidos muy particulares. Por ello, se ha elegido esta visión tras considerar que se relaciona con el problema a desarrollar: saber si para el funcionamiento de los derechos humanos es necesaria una norma escrita. En síntesis, se trata de un problema relativo a derechos y normas.

Por su parte, el jurista español Francisco Laporta ha criticado de manera fuerte la diversificación de la nómina de los derechos humanos, pues, según él, con su ampliación, los derechos tienen menos fuerza; en cambio, si se busca darles mayor fuerza moral o jurídica, la lista debe ser más limitada para que los derechos estén justificados adecuadamente. Al respecto, sugiere distinguir la noción “derechos”, que no se refiere a normas de un sistema, sino a la razón que se presenta como justificación para la existencia de tales normas. Es decir, que los derechos humanos no se presentan como “derecho a X”, atribuyendo una acción o pretensión con respecto a X, sino que se atribuye una acción y se reconoce una pretensión porque se tiene o podría tenerse derecho a X. Eso lleva a discernir entre derechos y técnicas de protección de los derechos, los cuales se han confundido, alimentado la sugestión de que solo puede hablarse de derechos cuando se dispone de mecanismos necesarios para protegerlos. De esta forma, concluye concibiendo los derechos humanos como una expresión de los rasgos constitutivos de moralidad interindividual, o de las condiciones de posibilidad del mundo moral, por eso sugiere no trivializarlos apelando a ellos sin ton ni son, extendiendo los catálogos o las generaciones arbitrariamente, porque de ello depende

¹⁷ Alexy, Robert, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría Principalista*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003, pp. 19-31.

no sólo que sean reconocidos, sino que sean efectivamente realizados en la historia de la especie humana.¹⁸

La primera aportación importante que hacen las reflexiones de Laporta es que los “derechos humanos” se diferencian de las normas en que son el fundamento de esas. La concepción de los derechos humanos como algo previo a las normas facilita comprender que éstas son técnicas de protección de los derechos o garantías de ellos. Eso impulsa a repensar, como se señaló páginas arriba, la inadecuación en la Constitución Mexicana del término “derechos humanos”, porque conduce a identificar este concepto, básicamente, como normas constitucionales, lo cual puede viciar la comprensión de la totalidad del concepto derechos humanos, que incluso llegaría a implicar un momento previo al orden positivo; en ese sentido, hubiese sido más conveniente el término derechos fundamentales. Empero, de lo que se aparta este trabajo es de la sugerencia a una restricción fuerte antes que la ampliación de los derechos, porque no parece posible que con el crecimiento de estos se ponga en riesgo su efectividad, por el contrario —usando la misma tesis de Laporta—, una vez que se distingue entre derechos humanos (entendidos como fundamento) y sus técnicas de protección (pensadas como normas), lo que aumenta no son los derechos, sino sus garantías, de modo que entre más derechos haya —normas o técnicas de protección— más se protegen los derechos humanos.

A la postura de Francisco Laporta sobre restringir el catálogo de derechos, Pérez Luño replica recordando la idea, ampliamente compartida por la teoría, de que los derechos humanos son una categoría histórica que solo puede ser predicada a partir del tránsito a la modernidad que desemboca en las revoluciones burguesas del siglo XVIII, y que se extiende, posteriormente, en las generaciones de derechos humanos. Esta dimensión generacional ha tenido un reflejo en las técnicas jurídicas de

¹⁸ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 04, 1987, pp. 22-45.

positivización y de tutela. De modo que no pasa el “quien mucho abarca poco aprieta” que teme Laporta, porque en la concepción progresista de la historia, existe una ampliación de las necesidades humanas que se traduce en una evolución y crecimiento del catálogo de derechos y libertades; en tanto, en el plano práctico, donde es más amplio el catálogo de derechos humanos, son más intensos los mecanismos de protección.¹⁹ Es así que se hace posible sostener que los derechos humanos surgen como respuesta a situaciones de violación o carencia, las cuales se pretenden remediar, por eso se van ampliando al paso de la historia.

Por otra parte, Bulygin también repara en la discusión teórica sobre los derechos humanos, acerca de la imposibilidad de reducirse a la dimensión positiva y a su regulación normativa porque son preexistentes al orden jurídico. Asevera que como no hay normas morales absolutas, tampoco pueden existir derechos morales absolutos o derechos humanos universales. Para este autor, los derechos humanos sólo pueden ser vistos como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral, por tanto, no son algo dado, sino exigencias o pretensiones. Sólo recientemente, con su positivización en la Constitución, los derechos se convierten en algo tangible, en una realidad, y cuando el orden jurídico los incorpora, cabe entonces hablar de derechos humanos jurídicos, que ya no son meramente morales. Aunque su postura podría ser tachada de positivista, Bulygin se defiende argumentando que es preferible esta visión, ya que si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes. La que resulta sospechosa para él es la concepción naturalista o moral absoluta porque genera una falsa

¹⁹ Ibidem, pp. 47-66.

sensación de seguridad.²⁰ Es más realista, prefiere tener un conjunto de derechos humanos positivos que dejarlos en la indeterminación.

Dos cosas resaltan en esa opinión de Bulygin; la primera es la referencia a los derechos humanos como exigencias o pretensiones formuladas desde un cierto sistema moral, esta concepción da un fundamento de los derechos más realista, no tan idealista, y son las exigencias o pretensiones que se concentran, por ejemplo, en la idea de dignidad. En segundo lugar, y al margen de la fundamentación, los derechos humanos son pretensiones que desean ser protegidas por el orden jurídico positivo con todas sus implicaciones, como mecanismos de garantía y protección por parte del Estado. La presión que sugiere Bulygin hacia el legislador para pedir la positivización de estos derechos, además, se puede hacer al juez, quien es parte del sistema jurídico y queda autorizado para concretar e interpretar la norma por delegación constitucional.

A su vez, Peter Habermas distingue, para el caso de Alemania, una clasificación de diferentes teorías de los derechos fundamentales: 1. La concepción clásica de los derechos, llamada liberal, donde son derechos reaccionales, libertades frente a y contra el Estado. 2. La teoría del doble carácter de los derechos fundamentales, en las vertientes jurídico subjetiva y jurídica objetiva. En esta, los derechos no son solo subjetivos, sino son también relaciones objetivas, complejos normativos construidos por el derecho ordinario, es decir, son un sistema de valores. 3. La concepción democrática de los derechos fundamentales. Si bien los derechos son un fundamento racional de la democracia, constituyen un presupuesto para que funcione, además, todos tienen un ámbito nuclear vinculado con la democracia. 4. El derecho fundamental como derecho de participación. Los derechos poseen presupuestos reales, respecto de los cuales el Estado constitucional debe realizar contribuciones, en ese

²⁰ Bulygin, Eugenio, "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 04, 1987, pp. 79-84.

sentido, la ayuda social es indispensable, pues hay una dimensión prestacional. Por último, figura un estatus de protección de los derechos a través de la organización y el procedimiento. Esto significa que los derechos humanos deben ser garantizados en su vertiente procesal; en sentido estricto, mediante audiencia judicial y tutela jurídica efectiva y, en sentido amplio, a través de instrumentos como comisiones ciudadanas.²¹

Lo que muestra esta explicación de diversas teorías es cómo, jurídicamente, los derechos humanos implican la comprensión de múltiples aspectos. Con la exposición de tales ideas, se considera, para esta investigación, estar en aptitud de proceder a exponer la concepción de derechos humanos en que ésta se sustentará.

3. El concepto de derechos humanos para este trabajo

El concepto de derechos humanos, para efectos de esta investigación, es el siguiente:

Los derechos humanos son aspiraciones y pretensiones generales de bienestar, que encuentran su fundamento en la dignidad del ser humano, y se defienden a través de valores como la libertad, la igualdad, la seguridad, entre otros. Estas aspiraciones se amplían, diversifican y evolucionan de acuerdo con el desarrollo de la sociedad y la historia; además, deben ser reconocidas por el orden jurídico nacional e internacional para permitir que las personas puedan exigir su realización material y efectiva. Cuando estos derechos humanos se positivizan, podría hablarse de derechos humanos jurídicos y, así, distinguir la existencia de otros derechos aún no reconocidos en el orden jurídico positivo.

²¹ Haberle, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993, pp. 149-168.

A continuación, se explican sus elementos:

“Los derechos humanos son aspiraciones y pretensiones generales de bienestar”. Se afirma que son aspiraciones de bienestar porque el contenido de estos derechos es amplísimo, aunque, en el fondo, lo que en realidad persiste es la pretensión de que la persona no sufra los males más extremos que pongan en riesgo su existencia. Se ha puesto el adjetivo de generales pues estas aspiraciones deben ser consideradas necesarias en un alto grado de aceptación (no de consenso); no basta que la aspiración sea de un solo individuo o de un conjunto de individuos, sino que debe ser general. La misma aspiración ha de ser compartida generalmente, no obstante, es importante aclarar que no se trata de derechos determinados por un método de mayoría democrática, pues en tal escenario las minorías se verían amenazadas. Antes bien, se trata de derechos que nacen de una racionalidad que surge cuando se acepta que un estado jurídico de cosas es necesario para todo aquel que encontrándose en X situación se viera obligado a reclamar Z aspiración. Una racionalidad que apela a la empatía.

“que encuentran su fundamento en la dignidad del ser humano” Se remite a la dignidad como fundamento por poner un valor superior que desvincule los derechos humanos de cualquier norma positiva, su génesis es el orden moral. En este supuesto, a pesar de usar un valor abstracto, su comprensión es simple, puesto que la idea de dignidad no significa más que lo correspondiente a algo o lo que algo merece; en este caso, a lo que corresponde o se merece el ser humano por el simple hecho de existir. Todo aquello que necesariamente la persona merezca por el simple hecho de ser humana puede constituir un derecho.

“y se defiende a través de valores como la libertad, la igualdad, la seguridad, entre otros” Ahora bien, estas aspiraciones generales, que descansan en la idea de lo que el ser humano merece necesariamente por el simple hecho de existir, se manifiestan a través de otros valores con un grado menor de abstracción que van facilitando su configuración en

postulados más reales como la libertad (por ejemplo, libertad de pensamiento, de expresión, corporal, deambulatoria, etcétera), o la igualdad (igualdad ante la ley, igualdad entre hombre y mujer, derecho a la no discriminación, etcétera). No se ha limitado la lista de los valores con que la dignidad se defiende porque no se encuentran razones para hacerlo, estos pueden ser tantos y diversos como sean necesarios para defender la existencia del ser humano.

“Estas aspiraciones se amplían, diversifican y evolucionan de acuerdo con el desarrollo de la sociedad y la historia;” A saber, estos derechos no son inmutables, no son aspiraciones que se mantienen de forma permanente siempre iguales y estáticos, sino que adquieren el carácter de hechos sociales, por tanto, sufren cambios que responden a su acrecentamiento, a su especificación y su mejoramiento constantes, como demuestra la historia. En materia de derechos humanos la última palabra aún no está dicha.

“y deben ser reconocidas por el orden jurídico nacional e internacional para permitir que las personas puedan exigir su realización material y efectiva.” Por cuanto toca a su realización, el Derecho constituye una herramienta útil, por eso las normas jurídicas deben proceder a adoptar estas aspiraciones en sus proposiciones para darles validez a su exigibilidad como verdaderos derechos. Ese reconocimiento debe ser tanto en el ámbito del derecho doméstico como del internacional para ser complementarios el uno del otro. El derecho nacional debe ser la primera protección, más cercana y amplia; mientras que el internacional la mínima, complementaria y subsidiaria. Esa consagración positiva responde a que puedan ser reclamados por toda clase de recursos y medios jurídicos que permitan su materialización y cumplimiento. El reconociendo en normas jurídicas tiene por intención que estos derechos puedan ser exigibles.

“Cuando estos derechos humanos se positivizan podríamos hablar de derechos humanos jurídicos y así distinguir la existencia de otros

derechos aún no reconocidos en el orden jurídico positivo.” Esto significa que se puede hacer una distinción entre dos grupos de derechos, los que están integrados al Derecho mediante disposiciones jurídicas, y los que no lo están. Son estos últimos los que se denominan derechos no escritos.

Con lo expuesto, se cree poder dejar patente cuáles son las ideas que componen el concepto de derechos humanos que se manejará en adelante. Sin embargo, se enfatiza que el concepto dado aquí es solo para efectos del presente trabajo, por tanto, es un concepto abierto y no conclusivo, sino provisional; el cual tiene por intención permitir entrar al desarrollo de la investigación propuesta. Empero, no puede dejar de advertirse que la determinación de si una pretensión reclamada a los Tribunales constitucionales tiene la calidad de derecho humano o no constituye otro de los problemas centrales a resolver, para el cual se propondrá una serie de pruebas que permitan apreciar la completitud del sistema, tema que se abordará oportunamente.

4. Problematización

Antes de cerrar esta consideración preliminar, queremos plantear una serie de casos con los que se podría evidenciar la existencia de derechos humanos no escritos en el orden jurídico constitucional de nuestro país. Estos casos serán abordados a profundidad en el Capítulo III, pero su mención en este momento pretende ir delineando la idea de que existen derechos no escritos en la Constitución Mexicana. Lo que se quiere es tener un primer acercamiento a estos casos.

Caso A. Derecho a la vida. Este proceso se cita como referencia histórica pues sí se generaron cambios constitucionales desde el momento en que se suscitó. El derecho a la vida no se encontraba protegido expresamente en el texto de la Constitución Mexicana en el año 2002 —antes de que se elevaran a rango constitucional los derechos contenidos en tratados internacionales—; además de tener un estatus

jurídico diferente, incluso se preveía su privación como pena siempre que se cumplieran las garantías esenciales del procedimiento. En ese momento, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, respecto de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, que preveía la no sanción del aborto cuando el producto presentara alteraciones genéticas o congénitas que pudieran dar como resultado daños físicos o mentales que pusieran en riesgo su sobrevivencia. El punto a decidir era si ese artículo violaba el derecho a la vida, así que *obiter dicta* la Corte se pronunció sobre tal derecho.²²

Caso B. Derecho al mínimo vital. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del amparo en revisión 1780/2006, relativo a la capacidad contributiva del gobernado en materia tributaria, declaró la existencia del derecho constitucional al mínimo vital, que cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos consagrados en los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123 de la Constitución. Esto llevó a declarar que el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual *“las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna, protegida constitucionalmente”*.²³ Por tanto, este derecho es un límite al legislador que deriva de la dignidad de las personas, hay un mínimo que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna, se trata de una aspiración de bienestar general en toda persona.

²² Véase la Jurisprudencia P./J.13/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 589, del rubro: “DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.”

²³ El texto corresponde a la Tesis 1a. XCVII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, del rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO”.

Caso C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

(reasignación genérica de sexo y consumo lúdico de la marihuana). Este derecho no se encuentra expresado en el texto de la Constitución General —en comparación con otros textos como el artículo 10 de la Constitución Española—, pero se hace patente en la necesidad de las personas de determinarse a sí mismas y su modo de vida, sin que el Estado pueda tener interferencias en ese proyecto, por ello, ha sido argumentado por la Suprema Corte para dar protección a las personas en circunstancias específicas. Son relevantes dos casos. El amparo directo 6/2008, resuelto por el Pleno de la Corte, donde se reconoció el derecho que tenía una persona a que se rectificara su acta de nacimiento por cambio de sexo.²⁴ El segundo caso es el amparo en revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala, relativo al consumo lúdico o recreativo de la marihuana cuya prohibición en la Ley General de Salud se consideró inconstitucional porque ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad.²⁵

Caso D. Derecho al matrimonio igualitario. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 respecto del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Pleno de la Suprema Corte estableció la constitucionalidad de ese precepto en miras del principio de igualdad que prohíbe toda discriminación. A partir de este antecedente, se inició por varias personas la búsqueda del reconocimiento del “*derecho al matrimonio igualitario*”, mediante un juicio de amparo interpuesto en contra de las leyes civiles de las demás entidades federativas, que no reconocían la posibilidad de unión legal entre personas del mismo sexo. Estas personas lograron

²⁴ Véase la Tesis P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7, del rubro: “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE”.

²⁵ Véase la Tesis 1a. CCLXXIV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 901, del rubro: “INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD”.

obtener el reconocimiento de ese derecho, que tiene protección convencional en los artículos 17 de la Convención Americana, y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁶

Caso E. Derecho de libertad de imprenta de medios de comunicación no impresos. Se trata de una interpretación evolutiva donde este derecho humano ya no se limita a comunicar ideas por escrito, sino a través de cualquier medio. La Primera Sala de la Corte ha determinado, en el amparo directo 11/2011, que la libertad de prensa —consagrada constitucionalmente— no puede limitarse a los medios gráficos, que acopla todos los avances tecnológicos para cubrir la comunicación social, como los medios de almacenamiento o vía satelital; que puedan hacerse del conocimiento del público en general, así, las diversas formas audio-visuales como cine y video, a través de las cuales consiga desarrollarse la función que se pretende con la imprenta. De modo que, la protección constitucional ya no se limita a la tradicional libertad de imprenta que configuró el constituyente de 1917, ahora se trata de una libertad de difusión de información más extensa que cubre diversas formas de transmisión tecnológica de información.²⁷

Caso F. Presunción de inocencia. El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de la Contradicción de Tesis 200/2013, entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas

²⁶ Estos asuntos han generado jurisprudencias por parte de la Primera Sala de la Corte, se tomó la libertad de citar aquí la de número 1a./J. 84/2015 (10a.) del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE DEFINEN LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO LA QUE SE CELEBRA ENTRE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, CONTIENEN UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA”; y la Tesis 1a./J. 86/2015 (10a.) del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN”, ambas publicadas en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, t. I, diciembre de 2015, pp. 186 y 187.

²⁷ Tesis 1a. CCIX/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, t. I, septiembre de 2012, p. 509, del rubro: “LIBERTAD DE IMPRENTA. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN.”

resolvió que este es un principio que se encuentra implícito en el ordenamiento constitucional y que se puede hacer derivar de una interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; además, tiene que ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resolución pudiera derivar alguna pena o sanción como efecto de la facultad punitiva del Estado, como puede ser un procedimiento administrativo sancionador, debido a su naturaleza gravosa, así como por la calidad de inocente que debe reconocerse en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena, en atención al derecho al debido proceso.²⁸ Por tanto, se trata de una ampliación del derecho respecto a su contenido, que ya no se limita al derecho penal, sino que alcanza al administrativo sancionador.

Caso G. Derecho a una vivienda digna y decorosa. Al resolver el Amparo directo en revisión 3516/2013, la primera sala desarrolló el contenido del derecho consagrado en el artículo 4° constitucional en el sentido de que todas las personas cuenten con una vivienda que tenga los elementos mínimos necesarios para ser considerada como tal; en ese sentido, estableció que ésta debe tener las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere "adecuada" requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como de riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable,

²⁸ Tesis P./J. 43/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, t. I, junio de 2014, p. 41, del rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES."

electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres.²⁹ En este caso, se trata de una interpretación que amplía el concepto de vivienda digna, dando parámetros para regular las características que comprende y para prever la existencia de acciones judiciales cuando no se cumplen.

Caso H. Derecho de las niñas y niños a recibir alimentos. Al dar una resolución al Amparo directo en revisión 2293/2013, la primera sala estableció que este derecho no sólo tiene rango legal, sino fundamental, pues la cuestión alimenticia excede la legislación civil proyectándose como un derecho humano. Se determinó, así, la existencia del derecho como constitucional para que toda niña y niño pueda ver satisfechas sus necesidades básicas, esto a través de una interpretación del artículo 4o. constitucional.

El derecho fundamental a recibir alimentos es indispensable para garantizar su desarrollo integral, y los elementos esenciales que lo integran a rango legal se corresponden con varios de los derechos consagrados en el artículo 4o. de la Constitución.³⁰ Hay que tener presente, como se verá más adelante, que los derechos humanos han sufrido un proceso llamado de especificación, por lo cual ya no refieren al genérico hombre, sino que incluyen a grupos específicos (ej., migrantes, mujeres, trabajadores, grupos indígenas, etc.). Es el caso de los niños que

²⁹ Tesis: 1a. CXLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 801, del rubro: "DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES."

³⁰ Tesis: 1a. LXXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, t. II, febrero de 2015, p. 1380, del rubro: "ALIMENTOS. EL DERECHO A RECIBIRLOS CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES."

tienen derechos concretos de acuerdo al artículo 19 de la Convención Americana, 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y, desde luego, por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora queremos plantear dos casos del sistema interamericano, como derechos de fuente internacional. En tal sentido es importante aclarar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de tesis 293/2011, expresó que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. Además de que la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.³¹

Caso I. Derecho a honrar a los muertos. En el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala,³² relativo a un conflicto armado interno de aquel país, entre los años 1962 y 1996, la Corte reflexionó sobre el hecho de que la Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “honrar a los muertos”, el cual había sido abordado sólo en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas o como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí está previsto en la Convención.

³¹ Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 204, del rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

³² Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

En otros casos, se ha referido al tema como un hecho que incrementa el sufrimiento de los familiares, lo cual puede ser considerado para determinar un monto como indemnización inmaterial. No obstante, en el citado caso, la Corte observó que los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha localizado ni identificado la mayor parte de los restos de personas masacradas; aunado a ello, tampoco pueden realizar otro tipo de rituales, pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de una hidroeléctrica.

La Corte señaló que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales es un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas. Por lo anterior, el tribunal consideró el reconocimiento de un nuevo derecho; el derecho de honrar a los muertos, que deriva de una interpretación de los artículos que contienen el derecho a la integridad personal, en relación con la libertad de conciencia y religión, y el derecho a la cultura.

Caso J. Derecho a que se investigue con la debida diligencia las denuncias de desapariciones de mujeres. Esta interpretación surgió del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.³³ Se trata de una ampliación de los derechos de las mujeres por una interpretación conjunta de la Convención Americana y de la Convención Belém do Pará. Los hechos sucedieron en ciudad Juárez, lugar donde había un contexto de alta delincuencia organizada, en el año de 1993, cuando hubo un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación. La sentencia del caso es motivada por la desaparición de tres mujeres: Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición, pero no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se

³³ Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

limitaron a elaborar registros de desaparición, carteles de búsqueda, toma de declaraciones y a avisar a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001, se encontraron los cuerpos de estas tres mujeres, los cuales presentaban signos de violencia sexual, además, se concluyó que estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

En este caso, la Corte concluyó que el Estado no adoptó ni implementó las medidas necesarias que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará. Señaló que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos.

De ahí, observó que el deber para el Estado de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. De modo que hay un deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género, aunque no está escrito de modo expreso en las convenciones americanas.

Hasta aquí la exposición de casos, respecto a los cuales cabe señalar que ha sido breve pues sólo se intenta plantear la posibilidad de que ciertos derechos no estén escritos en la Constitución; y como ya se dijo, se reserva su estudio más amplio al Capítulo III.

No obstante, en todos estos asuntos se puede encontrar que el punto de la litis constitucional ha versado sobre la protección de una determinada circunstancia no prevista expresamente en el texto de las disposiciones jurídicas existentes, configurándose como casos límite o paradigmáticos que dieron lugar al reconocimiento de protección jurídica

para una situación que antes no la tenía. En adelante, se pretende dar un soporte teórico y conceptual a la interpretación que sostiene los derechos humanos no escritos.

CAPÍTULO I
LOS DERECHOS HUMANOS NO ESCRITOS EN EL ORDEN
CONSTITUCIONAL Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS

“Reconociendo que estos derechos
se derivan de la dignidad inherente
a la persona humana...”

*Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos*

SUMARIO: 1. *Planteamiento*. 1.1. *El fundamento de los derechos humanos: la dignidad*. 1.2. *El proceso de positivización de los derechos humanos*. 1.3. *Evolución y ampliación de los derechos humanos*. 2. *La teoría de los derechos implícitos*. 2.1. *Derecho constitucional americano*. 2.2. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2.3 *Observaciones sobre la conveniencia de la teoría de los derechos implícitos*. 3. *¿Qué significan el “reconocimiento” y los “derechos humanos no escritos”?*

1. *Planteamiento*.

Este capítulo tiene un doble objetivo; primero, demostrar la existencia de derechos humanos que no están escritos en la Constitución Mexicana, y segundo, hacer un acercamiento a la tesis de los derechos implícitos como facilitadora de posibilidades para el reconocimiento de derechos no positivizados.

En ese orden, primero hay que definir a los derechos no escritos. El jurista español Francisco Javier Díaz Revorio los ha conceptualizado de la siguiente manera: “*Hablo de «derechos constitucionales no escritos» para referirme a estas «nuevas» necesidades no previstas de manera explícita y concreta en el texto constitucional, pero que de una u otra manera podrían*

alcanzar la protección que dispensa el mismo".³⁴ Por tanto, este concepto permitiría entender los derechos no escritos como aquellos derechos que a pesar de no tener constancia explícita pueden alcanzar protección constitucional puesto que preservan la dignidad del ser humano.

Ahora bien hay que decir que los argumentos que se dan para aceptar la existencia de derechos humanos no escritos en la Constitución son tres: 1. El fundamento de los derechos es la dignidad humana y no en el orden positivo, por tanto, hay posibilidad de tantos derechos como la humanidad necesite y no solo los que las normas prevean. 2. El orden jurídico positivo se limita a reconocer los derechos humanos, mas nunca de una manera cerrada ni taxativa 3. Las circunstancias histórico-sociales generan la ampliación de los derechos humanos a un ritmo que supera la positivización.

A continuación, se abordarán estos tres puntos. En principio, se estudiarán los derechos humanos como preexistentes a las normas jurídicas al estar fundamentados en la dignidad; enseguida, el proceso de positivización como limitado; y después, el fenómeno de ampliación y evolución de los derechos. De esta manera, se procederá luego a plantear la tesis de los derechos implícitos exponiendo sus enunciados básicos y algunos de sus alcances en el derecho comparado y en el derecho internacional.

1. 1. *El fundamento de los derechos humanos: la dignidad*

El fundamento de los derechos humanos se encuentra en la dignidad humana; no en el orden jurídico positivo. Atribuir a la dignidad el fundamento de los derechos implica reconocer que estos no se crean con la norma, sino que sólo se reconocen en el orden jurídico, pero tienen su origen en la esencia de la persona humana. Los derechos humanos,

³⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 201.

por tanto, son preexistentes a las normas y estas sólo se limitan a reconocerlos.

Los tratados internacionales han recibido dentro de sí la idea de que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad de las personas, alusiones a ello existen, por ejemplo, en los preámbulos de la Carta de Naciones Unidas (1946), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos (1966), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y en tratados de sistemas regionales como el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); o en el caso de la Convención Americana (1969), donde se reconoce que los derechos *“tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*.

La dignidad como fundamento de los derechos encuentra apoyo en el discurso de tipo filosófico, acogido por el discurso jurídico. Pueden hallarse argumentos sobre esta idea en el pensamiento clásico, desde Platón y Aristóteles,³⁵ hasta hoy en algunos trabajos donde es posible identificar la presencia de fundamentación filosófica.³⁶ Mauricio Beuchot considera que se puede relacionar la idea de la dignidad humana desde la antigüedad con la llamada fundamentación naturalista mediante dos tesis, una histórica y otras sistemática; en la primera, sostiene que lo que hoy llamamos derechos humanos corresponde a lo que la tradición escolástica denominaba derechos naturales; en la segunda, sostiene que

³⁵ Véase Pele, Antonio, *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson, 2010; 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; y Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.

³⁶ Véase, por ejemplo, Diemer, A. et al., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*; trad. Graziella Baravalle, Barcelona, Ediciones del Serbal; 1985; y Mendoza Álvarez, Carlos (comp.), *¿Qué es hoy la dignidad humana?*, México, Universidad Iberoamericana, 2015.

es posible hacer una fundamentación naturalista de los mismos basada en la idea de naturaleza humana.³⁷

De manera similar, Jürgen Habermas ha hecho notar que a pesar de que el concepto de dignidad humana se ha materializado en los textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales hasta después de la Segunda Guerra Mundial, éste ya existía en la antigüedad como concepto filosófico hasta ser expresado como máxima por Kant. Defiende, además, que siempre ha existido un vínculo conceptual entre los derechos humanos y la dignidad humana, puesto que ésta constituye la fuente moral de donde todos los derechos derivan su sustento y en la que se funda el ideal de una sociedad justa en las instituciones de los Estados constitucionales.³⁸

Una visión interesante sobre el concepto de dignidad es la de Ernst Bloch, filósofo alemán que la vincula directamente con el derecho natural, en el cual encuentra su base y además la identifica con un cierto tipo de justicia, una justicia que debe alcanzarse por medio de la lucha, por tanto la dignidad humana es una justicia activa.³⁹ El concepto es interesante porque muestra como la dignidad humana, con base en el derecho natural sirve como un elemento crítico a las normas establecidas.

Por su parte, la doctrina de Immanuel Kant se constituye en una de las piedras angulares para la defensa de la dignidad. En su libro *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, se encuentran dos ideas pilares. La humanidad en sí misma es una dignidad; ningún hombre puede ser utilizado por otro como medio, sino siempre debe ser como fin, así, todos los hombres han de profesarse entre sí el mismo respeto porque

³⁷ Beuchot Mauricio, *Filosofía y Derechos Humanos*, 5ª ed., México, Siglo XXI, 2004, pp. 13-19.

³⁸ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Dianoia*, México, UNAM-Instituto de Investigación Filosóficas, Vol. 55, Núm. 64, 2010, pp. 3-25.

³⁹ Bloch, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. Felipe González, España, Aguilar, 1961.

reconocen entre ellos la dignidad de la humanidad.⁴⁰ En segundo lugar, la dignidad no tiene un precio, aquello que hace que algo sea un fin en sí mismo es no tener precio, sino solo valor intrínseco, esto es el valor de la dignidad.⁴¹ Retomando el ideal kantiano, Ernesto Garzón Valdés sostiene la dignidad como propiedad atribuida a todo ser humano, significa que al predicar la dignidad de alguien se predica su humanidad, ello trae consigo cierta carga positiva, es decir, confiere derechos y deberes para mantener la dignidad de ese ser.⁴²

Esta idea no siempre tuvo arraigo en el Derecho debido al positivismo jurídico que impuso la idea de que los derechos existían si y sólo si estaban reconocidos en los textos jurídicos; su fundamento se encontraba simplemente en la voluntad estatal, y su existencia se limitaba a las normas escritas, esta visión predominó hasta el siglo XX, donde se llegó al extremo de negar el carácter de derecho a aquello que carecía de eficacia, a saber, sólo eran derechos aquellos que tenían una acción para hacerlos valer ante la ley.⁴³

Es así que, la fundamentación de los derechos humanos ha sido un problema estudiado principalmente entre la filosofía del derecho y la filosofía moral, centrándose en el problema de encontrar cuál era el origen de los mismos, si algún valor superior a las normas como la naturaleza humana, respuesta que dio el iusnaturalismo, o si sólo dependía de procesos formales de creación del derecho que están a cargo del Estado, conclusión del iuspositivismo. Ambas posturas tenían consecuencias perniciosas como la indeterminación del concepto de naturaleza humana

⁴⁰ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 16ª ed., trad. Manuel García Morente, México, Porrúa, 2013, pp. 48 y 49.

⁴¹ *Ibidem*, p. 53.

⁴² Garzón Valdés, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 41-42.

⁴³ Véase Cruz Parceró, Juan Antonio, “La crisis de la fundamentación de los derechos humanos en el siglo XIX”, en Moreno Bonett, Margarita y González Domínguez, María del Refugio (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 219-227.

y la grave reducción normativista ajena a los valores.⁴⁴ Se trataba de un debate limitado a argumentar a favor de las fundamentaciones iusnaturalistas en contra de la positiva; en tanto que, las primeras buscan el fundamento de los derechos como anterior e independiente de las normas jurídicas y la segunda limita su existencia a la concesión que de ellos se haga en la ley. A causa de esto surgieron otras propuestas filosóficas de fundamentación como explicaciones alternativas, destaca la de Ronald Dworkin.

El modelo de Dworkin, clasificado como de tipo constructivista, considera los derechos humanos como derechos morales, pues aunque no son objetivos, tampoco son tan subjetivos como para quedar en el relativismo, sino que estos se construyen mediante la argumentación. Expone la existencia de casos difíciles donde los jueces deben confirmar o negar derechos concretos, son casos donde no existe una norma, pero el juez puede resolver el asunto basado en principios.⁴⁵ Este modelo, al no ser objetivamente rígido, permite hacer correcciones y mantener un equilibrio de forma dinámica como las necesidades del individuo lo permitan. En ese sentido, el autor confiesa que en este modelo constructivo, basado en Rawls, subyace una teoría que se basa en que los derechos son naturales, aunque no en sentido metafísico, pero sí como independientes de la legislación, pues en ocasiones sirven para juzgar a la misma.⁴⁶ Dworkin define su teoría como una alternativa al positivismo —el cual se limita a establecer que los individuos tienen derechos sólo en la medida que estos hayan sido creados por una práctica social explícita—, mostrando que los individuos pueden tener derechos diferentes a los creados por esas prácticas, es decir, que pueden tener derecho a

⁴⁴ Una interesante introducción a estos problemas se encuentra en Beuchot, Mauricio y Saldaña Serrano, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, 2ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 5-63.

⁴⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, España, Ariel, 2012, pp. 145-208.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 267-268.

resoluciones judiciales específicas aun en casos difíciles donde no haya una norma que indique cómo resolver tal situación.⁴⁷ Lo relevante de su modelo es que admite un fundamento de los derechos más allá de la positivización.⁴⁸

Además, existen posturas que señalan el origen de los derechos en un acuerdo. El filósofo francés Jacques Maritain, quien tuvo participación en los trabajos de la Declaración Universal, reconoce que debido a las divergencias teóricas que pueden existir para la fundamentación de los derechos, sería difícil llegar a un acuerdo teórico, pero sí es posible llegar a uno práctico sobre los mismos; esto se refleja en la Declaración donde se hace la enunciación de tales derechos.⁴⁹ Es decir, se puede llegar al acuerdo de qué es un derecho, pero no tanto del porqué. A partir de dicho pensamiento, se puede entender la fundamentación de los derechos como un acuerdo que surge de la convicción práctica común de protegerlos.

Una respuesta afín es la de Norberto Bobbio, quien afirmó que con la emisión de la Declaración Universal, la mayoría de los gobiernos había proclamado un acuerdo común a causa de ello, el problema prioritario no es tanto el justificarlos como el protegerlos.⁵⁰ En otro de sus ensayos reitera que, hoy día, el problema de los derechos no es la fundamentación, sino el cómo garantizarlos, puesto que el inconveniente de la fundamentación se estima resuelto con la Declaración Universal que es una prueba del sistema de valores sobre la validez de los derechos, por cualquiera de tres vías; (1) ya sean derivados de un dato objetivo como la

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁴⁸ Véase Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos, filosofía e historia*, 5ª ed. México, Fontamara, 2011, pp. 9-15.

⁴⁹ Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, pp. 93-97.

⁵⁰ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asis, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

Existe otra traducción del ensayo "Sobre el fundamento de los derechos", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, España, Altaya, 1991, pp. 127-128.

naturaleza humana, (2) considerados como verdades evidentes por sí mismas, o (3) provenientes de un consenso histórico.⁵¹

A partir de lo expuesto, se puede apreciar la dignidad como fundamento de los derechos humanos por cualquiera de dos vías; una filosófica que la pone como valor objetivo de donde se derivan, y otra por consenso que la reconoce en diversos textos internacionales como su origen. En cualquier caso, se acepta que estos derechos están relacionados con la dignidad humana, a la que subyace la idea de una naturaleza que merece ser respetada y protegida, dando así existencia independiente a los derechos de las normas positivas. El orden jurídico sólo se limita a reconocer los derechos a través del proceso de positivización que enseguida se estudia.

1. 2. El proceso de positivización de los derechos humanos

Por positivización se hace referencia al proceso en virtud del cual los derechos humanos se han ido incorporando en las normas jurídicas a dos niveles; uno interno, de los Estados, a través de las Constituciones; y otro en el ámbito internacional, mediante declaraciones, tratados, convenciones y pactos. Este proceso les permite desenvolver su pleno vigor porque se les garantiza a través del sistema jurídico, como en el caso de su incorporación al catálogo de derechos fundamentales.

La positivización de estos derechos, entonces, es importante porque permite incorporarlos al orden normativo de los Estados y del Derecho internacional, logrando que gocen de un reconocimiento objetivo. Con esto se ha dado a los derechos una base jurídica que propicia su exigibilidad y efectividad. No obstante, como se ha dicho antes, se debe recalcar que la norma jurídica positiva no crea los derechos humanos; su labor está en reconocerlos y agregar valor a los mismos por convertirlos

⁵¹ Véase Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 64-65; o Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, España, Altaya, 1991, pp. 129-131.

en una obligación jurídica del Estado, con lo que se garantizan judicialmente. Lo importante es ser cuidadoso de no caer en el reduccionismo positivista de pensar que los derechos humanos sólo existen por su creación en el Derecho positivo, pues las normas son sólo una dimensión de los mismos.

Con la positivización, el problema de los derechos humanos se convierte en un problema de las normas, con lo que se facilita su abordaje desde el punto de vista jurídico, pero sin abandonar sus dimensiones éticas, que lo vinculan con la dignidad humana; ni históricas, que los ligan con procesos emancipatorios. Lo que sucede es que al plantearse un problema de derechos humanos desde el punto de vista jurídico, el problema se traduce en determinar cuál es el estatus de ese derecho en el orden jurídico, es decir, si tiene cabida en el sistema constitucional y si se da acción para su reclamo ante los tribunales.

Por otra parte, el jurista alemán Robert Alexy llama institucionalización al proceso mediante el cual los derechos humanos se incorporan al orden positivo, cuando se hace a nivel jerárquico del más alto ordenamiento, como es la Constitución, estos derechos adquieren el rango de constitucionales.⁵² Un argumento central para la positivización de los derechos humanos es la existencia del Estado constitucional democrático de derecho. Sólo se logra la vinculación del Poder del Estado a los derechos humanos cuando estos se incorporan en la Constitución, convirtiéndolos así en derechos fundamentales, de esa manera, adquieren no sólo validez jurídica, sino también rango constitucional.⁵³ Aunque el contenido de los derechos humanos como derechos morales es el mismo se transforma su estructura.

En la visión de Gregorio Peces-Barba, la positivización de los derechos ha experimentado variaciones sustanciales, caracterizando

⁵² Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, 3ª ed., trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2013, pp. 60 y 61.

⁵³ Alexy, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos...*, cit. p. 38.

algunos rasgos entre los que se quiere destacar aquí los siguientes, por estimarlos especialmente relevantes:⁵⁴

- a) Supone la progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar a la idea de los derechos, que aparecieron como derechos naturales, de un estatuto jurídico que permita su aplicación eficaz, y la protección real.
- b) La idea de la positivización se encuentra en textos de las colonias inglesas de Norteamérica y, concretamente, en el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, cuando se afirma que *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución.”* Constitución y derechos fundamentales son la conexión que expresa inicialmente ese proceso de positivización.
- c) A partir del siglo XIX, esa positivización se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se concibe una implantación de ellos al margen de la positivización. Todos los textos constitucionales recogen como derecho positivo los derechos fundamentales que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa como la ley y la jurisprudencia.
- d) Con la evolución del sentido del Derecho, en el siglo XIX y sobre todo en el XX, crece el protagonismo del Derecho judicial en la positivización de los derechos fundamentales. El dinamismo de la relación, creación, interpretación y aplicación de los derechos, desplaza a la idea de un derecho recogido en la ley, que se aplica mecánicamente, en el viejo esquema del positivismo estatalista. Surge el punto de vista de que los derechos deben ser garantizados, en caso de violación, por la acción de los tribunales de justicia. La

⁵⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 105-109.

garantía judicial de los derechos, al permitir de hecho su eficacia, forma así parte del proceso de positivización.

- e) Los contenidos de la positivización y sus formas están influidos del proceso de reflexión paralelo en que consiste la filosofía de los derechos fundamentales, además de depender de dicho proceso. Las reflexiones moral, política y jurídica incorporan sus planteamientos teóricos a las diversas formas históricas que adopta la positivización de los derechos.

Ahora bien, de acuerdo con Agustín Squella, hay dos niveles de positivización que son en verdad uno solo, o sea, un proceso de incorporación de éstos al derecho positivo, primero de carácter nacional o interno y luego de carácter internacional. Pero, señala, hoy se presenta un nuevo fenómeno, la interiorización de la internacionalización de los derechos; esto consiste en la incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno de los Estados a rango constitucional.⁵⁵ Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución de México, que a partir del año 2011 reconoce, garantiza y protege los derechos humanos consagrados en tratados internacionales.

Hay otra ventaja del proceso de recepción de los derechos humanos en el orden positivo; permitir integrarlos al sistema tradicional de fuentes, generando así un sistema propiamente identificable donde se reconocen los derechos en dimensión positiva, siendo el más importante la Constitución. Las constituciones democráticas del siglo xx se caracterizan por una transformación de su concepción, donde la Constitución es una norma fundamental de garantía y directiva, por tanto, se reafirma su supremacía como garantía de los derechos y libertades, y como directriz fundamental de la realización de los valores constitucionales.⁵⁶

⁵⁵ Squella, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, México, Fontamara, 1995, pp. 100-103.

⁵⁶ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, 7ª ed., trad. Manuel Martínez Neira, España, Trotta, 2016, pp. 123-130.

En tanto, Germán J. Bidart Campos afirma que el fenómeno de la constitucionalización de los derechos humanos es reconocible a partir del siglo XVIII. La Constitución codificada es valorada como la fuente madre. Es la fuente escrita más idónea debido al principio de supremacía y por su rigidez, los cuales se convierten en garantía de protección. La tendencia general ha sido plasmar los derechos en el sector normativo de la Constitución que ostenta el nombre y el carácter de una declaración o un catálogo; cuando esa parte ha faltado, se la ha sobreentendido implícita, o sea, no ausente si se recurre a la tradición, a la filosofía o ideología de la Constitución, a su sistema de valores, etcétera, como fue el caso del texto primitivo de la Constitución de Filadelfia, hasta que adicionó las diez primeras enmiendas.⁵⁷

Al respecto, Antonio E. Pérez Luño advierte que en el plano constitucional se han empleado dos sistemas de positivización: 1. Sistema de la *lex generalis*, esto es, del enunciado de grandes principios tales como la libertad, la igualdad, la dignidad humana. 2. Sistema de *leges speciales* que proclaman unas libertades o derechos más concretos como la libertad de pensamiento, de prensa, de conciencia. Ha apuntado, también, una clasificación tripartita de la doctrina alemana, atendiendo a la posibilidad de sistemas de positivización por: Cláusulas generales (Generalklausel), equivalente al método de la *lex generalis*; Casuístico (kasuistisch Katalog), que correspondería al sistema de las *leges speciales*; y Mixto, empleado en aquellas constituciones que tras el enunciado de los grandes postulados sobre los derechos fundamentales, generalmente llevado a cabo en el preámbulo del texto constitucional, pormenorizan en el articulado el catálogo sistematizado de los principales derechos.⁵⁸

El mismo jurista, opinando respecto de la Constitución española, describe un sistema de positivización de tipo mixto que puede llevarse a

⁵⁷ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 366-367.

⁵⁸ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, cit., p. 67.

cabo lo mismo a partir de principios generales que de normas especiales o casuísticas, entendiendo que pueden distinguirse hasta cinco instrumentos distintos de positivización, los cuales, ordenándolos de menor a mayor precisión jurídico-positiva, aparecen como:

- a) Valores y principios constitucionales programáticos. Se hallan recogidos en el Preámbulo de la Constitución y viene a representar la síntesis de los valores básicos como la justicia, la libertad, la seguridad y promover el bien social.
- b) Principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos. En este apartado quedarían englobados una serie de principios encaminados a orientar la acción de los poderes públicos y a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales.
- c) Normas o cláusulas generales para desarrollar por leyes orgánicas. Un numeroso grupo de derechos fundamentales, expresamente reconocidos en el articulado de la Constitución y positivados como tales y no como principios, se hallan remitidos a la legislación para la delimitación de su alcance y contenido.
- d) Normas específicas o casuísticas. Proclama también en su articulado una serie de derechos de forma específica y pormenorizada sin hacer referencia ulterior a desarrollo legislativo, de lo que infiere que la positivización constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación.
- e) Normas de tutela. La Constitución española recoge también normas dirigidas a la garantía de los derechos fundamentales, como pueden ser el defensor del pueblo y el recurso de inconstitucionalidad.⁵⁹

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 68-69.

Haciendo una comparación entre el sistema constitucional español recién descrito y el nacional, se encuentra similitud en la positivización mixta a excepción del punto a), porque la Constitución Mexicana no tienen un preámbulo donde se proclamen valores. En cambio, sí contiene principios de actuación para los poderes públicos como puede ser la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos prevista en el párrafo tercero del artículo 1°. Asimismo, dispone de normas para el desarrollo ulterior de derechos, como la educación, previsto en el artículo 3°; además de contar con normas específicas de derechos como la libertad de expresión, de imprenta y el derecho de petición, previstos respectivamente en los artículos 6°, 7° y 8°. Por último, también ampara normas de tutela de los derechos como son el juicio de amparo o la institución del ombudsman.

A pesar de que el interés de este trabajo se centra en la Constitución, conviene hacer mención de la existencia de otros medio de positivización de los derechos. El primero corresponde a los tratados internacionales, que ha generado una fuente en el derecho internacional, y que se refuerza con las jurisdicciones internacionales, cuyos tribunales tienen a su cargo interpretar los tratados.⁶⁰ Pero, además, la jurisprudencia de los órganos garantes de esos instrumentos desarrolla contenidos en favor de su protección.

Algunos autores exponen como otra fuente el derecho no escrito, que se identifica con el derecho consuetudinario, el ejemplo clásico, es el caso inglés. Este derecho se concentra en valores y derechos que no dependen de que la constitución contenga cláusulas explícitas que los mencionen y, menos aún, de que los reconozcan o proclamen con tales denominaciones expresas. Por eso, se ha dicho que si los derechos fundamentales fueran sólo los que constan en un texto escrito, en el Reino Unido no contarían con ellos. Así, se disipa la idea de que la fuerza

⁶⁰ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general...*, cit., pp. 367-369.

normativa de la Constitución sólo ocurre en aquellas que están escritas. Una constitución, según Bidart Campos, no se agota en su articulado ni en su vocabulario, sino que está robustecida con sus principios, sus valores, sus fines y su raíz histórica.⁶¹

Una fuente considerada más importante para efectos de este trabajo es el derecho judicial, equivalente a lo que tradicionalmente se puede identificar con la jurisprudencia. La creación de derecho por los jueces es susceptible de dotar al derecho constitucional con contenidos en favor de los derechos humanos, a través de la interpretación en el control constitucional. En muchísimos casos, la vigencia de los derechos depende o recibe auxilio del derecho judicial, sobre todo, al nivel de las cortes supremas o tribunales constitucionales. La fuente judicial tiene aptitud para hacer patentes los derechos comprendidos en otras fuentes primarias como la Constitución y los tratados internacionales. Este derecho ha sido especialmente relevante en los países de *Common Law*, en los que la consagración de los derechos fundamentales se ha ido gestando, en gran medida, a través de los precedentes jurisprudenciales; así también, son relevantes las decisiones de los tribunales de garantías constitucionales.⁶²

En la actualidad, existe un reconocimiento progresivo de las facultades de los jueces en materia de derechos. De ahí que tampoco sea posible ignorar o infravalorar la participación judicial en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Es posible afirmar la existencia del derecho judicial que ofrece posibilidades, dentro del mismo derecho positivo de los derechos humanos, para la integración de otros derechos humanos que aún no han alcanzado el goce de su reconocimiento en el texto de la Constitución de un país; pero este tema será materia del Capítulo II.

⁶¹ Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 47- 50.

⁶² Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, cit., p. 106.

En la época actual, resulta insostenible una fundamentación exclusivamente positiva, pensar que los derechos humanos son sólo normas jurídicas producidas a voluntad del Estado sería una negación y un límite a la satisfacción de nuevas necesidades. Los derechos humanos tienen un contenido moral e histórico que incluso ha servido para juzgar o negar la validez del orden positivo. La historia demuestra que el derecho positivo muchas veces ha quedado superado por los derechos humanos y que la sociedad, a través de diversos movimientos y luchas, ha obligado al Estado a reconocerlos en normas positivas, como veremos en el siguiente punto.

1. 3. *Evolución y ampliación de los derechos humanos*

En los derechos humanos suele aparecer una dimensión histórica que permite apreciar cómo al concepto de los derechos humanos se han adicionado exigencias nuevas, que en un momento fueron sólo derechos morales (sin dimensión positiva), posteriormente reconocidos en el orden jurídico gozando de una protección jurídica reforzada al haberse integrado al catálogo de derechos constitucionales. En ese sentido, la clasificación generacional de los derechos humanos, permite apreciar cómo, en determinados momentos de la historia, se han ido ampliando por nuevas reivindicaciones sociales. Es a causa de ello, como afirma Rodríguez Palop, que no hay algo definitivo que evite la discusión actual sobre exigencias que, siendo fundadas, han quedado fuera de un catálogo constitucional de derechos humanos.⁶³ De modo que, no se podría impedir la ampliación o una concepción mayor de nuevos derechos humanos.

Renato Treves, al reflexionar sobre los problemas fundamentales de la sociología, se acerca también al problema de los derechos humanos.

⁶³ Rodríguez Palop, María Eugenia, *op. cit.* p. 53.

Para él, la sociología jurídica debe ocuparse de cómo los derechos son o no acogidos en una sociedad, pues es quien está en mejores condiciones para identificar el “*derecho vivo, latente y en formación que constituye el punto de partida de la formulación y de la afirmación de los derechos nuevos*”, aquellos que no se refieren al hombre y sus derechos individuales, o al ciudadano y sus derechos políticos, o al trabajador y sus derechos sociales, sino más al hombre y a su manera de ser en la sociedad, al hombre en las diferentes categorías y en los diferentes sectores de la vida social a los cuales pertenece, refiriéndose, por ejemplo, a las mujeres, a los niños, a los adultos mayores, a las víctimas, y los grupos migratorios, étnicos o religiosos.⁶⁴

En tanto, para Vincenzo Ferrari, existe una constante expansión de los derechos porque están en evolución permanente; no es posible verlos como una tarea acabada en cada época y en cada sociedad, sino que son empujados por las fuerzas sociales que han ido movilizándose, ya sea en la búsqueda de libertad, a través de los derechos civiles, o bien en busca de la democracia mediante los derechos políticos. Estas dos primeras luchas pueden vincularse con una ideología concreta; en el primer caso con el liberalismo, en el segundo con la democracia. Aunado a ello, surge una tercera lucha que se desarrolla cuando se alcanza la conquista de las dos primeras, cuya objetivo es alcanzar el disfrute y distribución equitativa de los bienes esenciales para la vida común, la cual sería identificada con el socialismo. Aparecen, además, una cuarta y quinta fase. La cuarta fase, de los derechos culturales o de identidad, iría más bien en pro del reconocimiento de las diferencias, se trata de una lucha por reconocer que la sociedad no es una, sino que está diferenciada en una multitud de posiciones, todas ellas dignas de consideración específica, por ejemplo, del género, la edad, la condición económica o laboral, las preferencias sexuales, entre otras. La quinta fase se halla

⁶⁴ Treves, Renato, *Sociología del derecho y socialismo liberal*, trad. Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 242-243.

relacionada con los descubrimientos de la ciencia, como la fecundación artificial o la clonación. Aquí puede hablarse de los derechos difusos, que ya no corresponden a individuos o grupos específicos, de hecho, puede involucrar a los seres humanos no existentes, o sea, a las futuras generaciones.⁶⁵

En Vincenzo Ferrari, es un análisis histórico el que pone en relieve el carácter social de los derechos humanos. Esta observación de la historia hace notar que están en progreso, no son valores o normas finitas, sino que, en atención a su carácter social y como si fueran un organismo vivo, tienen una evolución y, lo que es más importante, presenta una adaptación que es motivada por el “ambiente social”, de acuerdo a las necesidades y condiciones de los diversos grupos sociales, los derechos humanos se amplían y se diversifican.

Niklas Luhmann hace un estudio especial de la sociología y la dogmática de los derechos fundamentales, en su libro “*Los Derechos Fundamentales como Institución*”, donde advierte que su tratamiento no puede quedar limitado a lo estrictamente jurídico, sino que paradójicamente implica poner atención en una serie de cuestiones no jurídicas e incluso hechos.⁶⁶ Es así que, a su juicio, los análisis sociológicos podrían ayudar a la dogmática jurídica a reconocer la complejidad y multiplicidad de aspectos que implican los derechos fundamentales y a depositar en ella la carga de explicación y detalle que actualmente hacen los tribunales.⁶⁷ En esto es posible interpretar que Luhmann atribuye el éxito de los tribunales en la defensa de los derechos fundamentales a que tienen la capacidad de observar los problemas sociales *in situ*, lo que la legislación no consigue; el juez puede vivir más

⁶⁵ Ferrari, Vincenzo, *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, trad. Santiago Perea Latorre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 148-152.

⁶⁶ Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)*, México, Universidad Iberoamericana, 2010, p. 311.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 324.

de cerca el fenómeno social, esto le permite resolver cuestiones que son difíciles de prever al legislador.

Es así que, la sociología se ha especializado en el estudio de los derechos humanos por sus particularidades como fenómeno socio-jurídico. Destacan trabajos como los de María José Fariñas, quien afirma que la aproximación sociológica a los derechos humanos intenta explicar y comprender su desarrollo histórico así como la problemática de su realización práctica, contextualizándolos histórico y socio-culturalmente; buscando las causas por las que se protegen unos determinados derechos humanos y explicando los contenidos ideológicos que se encuentran detrás.⁶⁸ Por otra parte, Ignacio Aymerich Ojea ha propuesto una tipología de los planteamientos hecho por la sociología de los derechos humanos de acuerdo con la hipótesis fundamental en la que se basan e identifica seis modelos sociológicos de los derechos humanos.⁶⁹

Lo cierto es que, la posibilidad de ampliación de los derechos se deduce de un análisis sociológico o histórico de estos, lo cual deja abierta la posibilidad de concluir que en cada momento del constitucionalismo no es posible ver la recepción de los derechos humanos como un hecho acabado y consumado, porque las necesidades sociales impulsan luchas nuevas por el reconocimiento, protección y garantía de otros derechos humanos no expresados en el texto de una Constitución. Esto se puede comprobar si se analizan las reformas a los catálogos de derechos constitucionales en los cuales se prueba su ampliación, o si se observa la jurisprudencia que precisa los contenidos de los derechos.

Las líneas de evolución de los derechos fundamentales, estudiadas por Gregorio Peces-Barba, lo hacen afirmar que los modelos iniciales de los derechos han seguido hasta estos días un proceso de evolución, cuya descripción debe ser tomada en cuenta para la búsqueda del porqué de los

⁶⁸ Fariñas Dulce, María José, “Sociología de los Derechos Humanos”, en Añón, María José (coord.), *Derecho y sociedad*, España, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 687-697.

⁶⁹ Aymerich Ojea, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos: Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, España, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 29-33.

derechos. Así, la indagación de ese porqué se puede realizar mediante el análisis de su evolución histórica hasta la actualidad, a través de cuatro líneas de comprensión; la positivización, la generalización, la internacionalización y la especificación.⁷⁰ Al respecto, es importante destacar la especificación como fenómeno multiplicador de los derechos. Si bien se utiliza el término especificación, puede hablarse también de concreción. La especificación se produce en relación con los titulares de los derechos y también con los contenidos de los mismos.⁷¹

En relación con los titulares, se han juzgado como relevantes algunas situaciones que no caben en el genérico “hombre” o “ciudadano” y exigen un tratamiento especial. Son circunstancias o situaciones cuya relevancia deriva:

- a) De una contradicción social o cultural de personas que se encuentra en una situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, o la desigualdad. El modelo más claro es el de los derechos de la mujer o los derechos de los migrantes.
- b) De una condición física de alguna persona que por cierta razón se encuentra en una situación de desventaja en las relaciones sociales. Pueden ser, a su vez, de dos tipos, generales o específicas. Las generales afectan a todas las personas durante algún tiempo, mientras que las específicas afectan sólo a algunas durante todo el tiempo en ciertos casos, o sólo algún tiempo en otros. En el supuesto de condiciones generales se está, por ejemplo, ante los derechos del niño, mientras que, en el de condiciones relevantes específicas, se trata de los derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁰ Peces-Barba Martínez Gregorio, *Lecciones de Derechos...cit.*, pp. 103.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 120-129.

- c) De la situación que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales. Se refiere a cuando las personas se encuentran en una circunstancia concreta, son derechos que se justifican cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico o de superioridad que exige equilibrar a sus correlativos por medio de una protección reforzada. Se trata, como ejemplo, de los derechos del consumidor situados frente a monopolios, o de los derechos del usuario.

En los tres casos, se está ante status sociales que por razones culturales físicas o psicológicas conllevan una supuesta debilidad que el derecho intenta paliar, corregir, o bien, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de desigualdad.

En relación con los contenidos de los derechos, estos se forman a partir de tres puntos de vista: ideológicos, éticos y políticos globales. Son las sucesivas aportaciones liberal, democrática y socialista. Los derechos de las generaciones anteriores responden a los valores superiores de la libertad, la igualdad, o en caso de fórmulas o síntesis, a la libertad igualitaria; mientras que en los derechos de última generación, el fundamento se encuentra en el valor de la solidaridad o fraternidad, por ejemplo, los referidos al medio ambiente, y a la protección del entorno natural, como el derecho al desarrollo y el derecho a la paz.

El proceso de especificación, se opone a la idea de los destinatarios genéricos de los derechos humanos que se identifican como “los hombres” y “los ciudadanos”, para dar paso a los sujetos identificados de manera particular como mujeres, niñas y niños, consumidores, etcétera; matiza también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc. Este proceso de especificación se relaciona con la razón por la cual se justifican los derechos; en el modelo inicial era un conceso sobre la limitación del poder y una justificación de ese poder a través de la participación de los

ciudadanos en la formación de su voluntad, un conceso democrático apoyado en el principio de las mayorías. Ahora, frente a este consenso se empieza a proteger un disenso, un nuevo elemento del conceso es la posibilidad de rechazar a las mayorías en favor de las minorías.⁷² De modo que, los derechos humanos son algo que no queda a disposición de las democracias, no pueden ser definidos ni negados por éstas.

Por último, conviene tomar en cuenta la Carta Europea de Derechos Fundamentales como muestra de este proceso de evolución y ampliación. Dicho documento, redactado en el año 2000, contempla una serie de circunstancias que se elevan a la categoría de derechos humanos y que no prevén otros tratados; divide los derechos por grupos, entre dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia; además de prever disposiciones complementarias a los ámbitos de aplicación, alcance, nivel de protección y prohibición de abuso del derecho. En la carta de Niza, se pueden encontrar prerrogativas que gozan del rango de fundamentales, como los derechos al consentimiento informado, a la libertad artística y científica, a la prohibición del cuerpo como objeto de lucro, a la prohibición de eugenesia y de clonación, entre otros. Si se lee el texto europeo, se puede apreciar una clara y marcada evolución de los derechos en comparación con otros textos internacionales o con constituciones nacionales.

Destaca de este ejemplo el derecho a la buena administración. Tal derecho no se encuentra en la Constitución de México, pero sí en el ámbito europeo y en el derecho constitucional local. En el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (también llamada carta de Niza), se reconoce el derecho a la buena administración como derecho fundamental, y no es posible encontrarlo en el contexto de los sistemas interamericano o universal; por eso, es factible afirmar que tal derecho es fruto propiamente de la modernidad europea. Lo cual,

⁷² *Ibidem*, pp. 103-105.

además, consigue corroborarse si se pone atención a las “Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales” en donde se define como un principio fruto de la jurisprudencia en Europa. Por otro lado, la Constitución de la Ciudad de México reconoce el derecho a la buena administración, incluso, se dota al Tribunal contencioso administrativo para la resolución de controversias relacionadas con éste. De esta forma, es posible plantear dos posiciones que parecen estar en los extremos de forma disyuntiva excluyente: la posibilidad de este derecho como protegido por el sistema jurídico mexicano, o la probabilidad de negarse la existencia de tal derecho debido a la falta de su expresión textual. No obstante, en este trabajo se sostiene como válida sólo la primera posición.

Se debe observar cómo circunstancias siempre necesarias para la dignidad de las personas no gozan de protección jurídica, pero con posterioridad se elevan al rango de derechos constitucionales. Al respecto, varios ejemplos integran el artículo 4° de la Constitución Mexicana, como es el caso del derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y accesible. El consumo del agua siempre ha sido una condición necesaria en la vida de las personas, pero se reconoció como un derecho constitucional hasta el 8 de febrero de 2012. Situación similar la del derecho a la alimentación nutritiva integrado a la constitución el 13 de octubre de 2011; así como la del derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata al nacimiento, reconocido el 17 de junio de 2014. Cabe preguntarse ¿antes de estas reformas el acceso al agua, a la alimentación nutritiva o a la identidad no eran derechos humanos? Puede suponerse que sí, y lo que hacen estas reformas es sólo reconocerlos como tales, dándoles dimensión positiva.

Por tal motivo, se llega a la afirmación de que los derechos humanos pueden ser vistos en evolución constante, y se relacionan con una búsqueda de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, que se van reconociendo en los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e

internacional. Estos derechos no han sido los mismos, sino que se han ido ampliando conforme a nuevas necesidades que se justifican en el valor de dignidad de la persona. Por eso, por ejemplo, hoy existen derechos que se juzgan de sobra importantes, como los de carácter económico y social, o los ambientales, que no contemplaron los autores de las declaraciones del siglo XVIII. Con este punto, se concluye la primera parte, que pretende argumentar la existencia de los derechos humanos constitucionales no escritos.

2. La teoría de los derechos implícitos

La segunda parte a exponer en este capítulo se sustenta en la idea de que, a partir del texto de una Constitución, se pueden encontrar determinados derechos que, aunque no están escritos, se logran entender implícitos. La palabra “*implicitud*” por sí misma refleja este concepto; se refiere a algo que está incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese. Por ejemplo: para un hecho simple como lavarse las manos, deben cumplirse implícitamente con otras dos condiciones; contar con agua y mojárselas; en un hecho más complejo, para proteger el derecho a la salud, hay que tener acceso a servicios médicos y a medicamentos.

Según Héctor Gros Espiell, estos derechos no escritos, también llamados derechos no enunciados o derechos no enumerados, han sido definidos por la doctrina como “derechos implícitos” ya que se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, o bien, las constituciones los señalan como los que derivan del gobierno democrático, del gobierno republicano, del régimen representativo o de los derechos del pueblo. Por eso, la enunciación de algunos derechos apareja la necesaria consecuencia de que si los derechos no están expresamente declarados, pero poseen las características que exigen los textos constitucionales, se

consideran igualmente reconocidos y deben ser, por ende, protegidos y garantizados.⁷³

Esta idea tiene algunos antecedentes; el caso paradigmático es la Constitución de Estados Unidos de América, en la cual se omitiera declarar los derechos humanos porque los constituyentes los daban por evidentes.⁷⁴ Esa carencia fue suplida en 1791 por las diez primeras enmiendas; como caso concreto, la adición de la enmienda IX, que dispone: “*La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo*”. Dicha enmienda sería de gran influencia en el constitucionalismo latinoamericano.

María del Pilar Hernández Martínez, en un repaso histórico de la relación entre Constitución y derechos fundamentales, hace notar que las constituciones del siglo XVIII asumen los derechos como preexistentes, mientras las del siglo XIX, aunque no conciben estos derechos en un catálogo, los mismos están implícitos en la demanda de una Constitución.⁷⁵ De modo que, la idea de que los derechos existen aunque no estén expresados en la norma fundamental ha tenido una aceptación más amplia en los inicios del constitucionalismo moderno.

En ese sentido, el primer punto a destacar es que las constituciones modernas cuentan con un catálogo de derechos enumerados; estos quedarían identificados con los derechos explícitos, pero, en otros casos es posible encontrar una cláusula o disposición constitucional adicional,

⁷³ Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y el artículo 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 4, año 2000, pp. 145-148.

⁷⁴ Véase Bidart Campos, Germán J., “Los derechos “no enumerados”, en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Méndez Silva, Ricardo, (Coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 103-104; y Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Argentina, Ediar, 1994, pp. 61-64.

⁷⁵ Hernández Martínez, María del Pilar, “Constitución y derechos fundamentales”, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 258.

que de manera concreta hace alusión a los derechos no enumerados. Estos serían los derechos implícitos. La característica esencial de estas disposiciones consiste en señalar que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros derechos. Con estas cláusulas se genera la completitud del sistema de derechos humanos. Este sería solo el primer fundamento para reconocer los derechos no escritos, que se llamará aquí la cláusula de los derechos implícitos. Sin embargo, es posible encontrar casos en los que no existe la mencionada cláusula y, aun así, se pueden hacer derivar los nuevos derechos como implícitos en el texto de la constitución por otras dos formas: 1) a través de otros derechos humanos que sí están reconocidos; o 2) a través de valores o principios constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, la libertad.

Los derechos implícitos no se refieren sólo a la existencia de la citada cláusula constitucional, sino que, como expresa Bidart Campos, hablar de derechos implícitos se trata de afirmar que hay derechos “con normas” y “sin normas” porque los derechos no se agotarían en un catálogo escrito.⁷⁶ Para él, existe una doble vertiente de los derechos no enumerados, pues se afronta una doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia —que según lo dicho aquí, se integrarían por la cláusula abierta—, pero, también, la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos. Como ejemplo de esto último pone la libertad de prensa, que ya no puede limitarse a los medios gráficos, sino que ahora acoplan todos los que el avance tecnológico usa para cubrir la comunicación social.⁷⁷ En este caso, se ve cómo el jurista argentino admite que la implicitud se puede derivar de otros derechos; mas, cabe agregar, también puede derivarse a través de valores y principios

⁷⁶ Bidart Campos, Germán J., “Los derechos “no enumerados”...*cit.*”, pp. 104.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 104-106.

El mismo autor afirma que, en materia de derechos humanos, cuando falten normas, pero se valore que pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar, para lo cual es menester interpretar el sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas. Explica que dentro de la normativa constitucional se alojan una filosofía, una idea de derecho, una ideología; lo diga o lo silencie, en su orden normológico formulado por escrito, hay normas, principios y valores. Esta tesis la llama la completitud del sistema de derechos humanos, por la cual afirma que en el espacio en que existen normas constitucionales confluyen principios, valores, fines y razones históricas y filosóficas que son inherentes al ordenamiento constitucional y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella zona donde hay derechos que carecen de normas. Así, se necesita de una actividad que dé solución a un problema sin que se afecte a la Constitución en su contexto unitario y coherente, antes bien, concuerde y concilie con ella, para lo cual será necesario interpretar la norma suprema.⁷⁸ En este segundo argumento, se concede la implícitud a través de los valores o principios constitucionales.

Con ello, se refuerza la teoría de los derechos implícitos que permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal para ser derecho esencial, humano o fundamental. En ese sentido, la solución es la interpretación de la Constitución, que implica prestar atención —en el caso de México donde no hay la referida cláusula— a los derechos explícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.

En el mismo tenor, para Francisco Javier Díaz Revorio, los fundamentos constitucionales de la protección de nuevos derechos son tres: a) Una lista abierta de derechos que no se limita al catálogo escrito

⁷⁸ Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del Sistema...*, cit., pp. 57-61.

en la constitución; b) Valores que actúan como fuente de derechos como la libertad y la dignidad; c) Un nuevo derecho se hace derivar de un derecho constitucional expresamente reconocido, se trata entonces de manifestaciones no escritas de derechos escritos.⁷⁹ Respecto al fundamento de los derechos se acepta para esta tesis la propuesta del jurista español, pero se ha unificado en la teoría de los derechos implícitos porque estos fundamentos necesitan, además, de la implícitud, es decir, de la idea de que tales derechos están implícitos en el texto constitucional por cualquiera de las tres citadas formas.

La idea central que debe ocupar el concepto de derechos implícitos se refiere a los derechos humanos no escritos, no declarados o no enunciados expresamente en el texto constitucional, los cuales deben considerarse igualmente existentes. Por eso, algunas Constituciones han instituido normas que establecen de manera directa y expresa que la enumeración o la enunciación de derechos no son taxativas y que no excluye otros; en algunos casos, se debe dar preferencia a los valores o principios constitucionales, y en otros a los derechos ya otorgados que deben hacerse prevalecer para mantener la vigencia constitucional.

Se debe reconocer que un catálogo de derechos humanos no puede quedar clausurado en la dimensión positiva, hay que tener presente que la recepción de los derechos humanos en un texto constitucional, a través de un listado taxativo, no es siempre absoluta y completa, fuera de él cabe la posibilidad de encontrar otro grupo de derechos susceptibles de reconocerse recurriendo a la teoría de los derechos implícitos

2.1. Derecho constitucional americano

De acuerdo con Héctor Gross, la existencia de una norma referente a los derechos humanos no enunciados o no enumerados constituye una

⁷⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución...*, cit., pp. 201-206.

característica del Derecho Constitucional americano, ya que es muy difícil hallar disposiciones análogas en el Derecho Constitucional comparado de otros continentes.⁸⁰ Consecuentemente, enseguida se mencionan los casos de algunas de las Constituciones de América.

La Constitución de Argentina, en el artículo 33, establece que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Este texto reconoce la presencia constitucional de derechos y garantías no enunciados expresamente en la Carta, pero que puedan nacer de dos fuentes (1) principio de la soberanía del pueblo y (2) de la forma republicana de gobierno.

La Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13, II, dispone que los derechos que proclama esa Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 5, parte final, en el numeral 2º, determina que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República sea parte. Así, los derechos y garantías no excluidos y no enumerados son los que resultan del régimen y de los principios por ella adoptados, así como los que son la consecuencia de los tratados internacionales de que se sea parte. Esta referencia a tratados internacionales que hace la Constitución del Brasil es relevante porque integra el derecho internacional de los derechos humanos como fuente interna.

La Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 94, dispone que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe

⁸⁰ Gros Espiell Héctor, *op. cit.*, pp. 145-148; también hay un estudio en Meléndez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 8ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer - Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012, pp. 139-143.

entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. En el caso de Colombia, como en el de Brasil, destaca que no sólo trata de los derechos y garantías enumeradas en la Constitución, sino que incluye en esa situación a los derechos y garantías contenidas en los convenios internacionales vigentes. Esto es particularmente significativo porque permiten la integración en el Derecho Interno de derechos declarados o proclamados en el Derecho Internacional por medio de convenios internacionales vigentes u otros instrumentos internacionales.

La Constitución de Costa Rica de 1949, en el artículo 74, establece que los derechos y beneficios a que se refiere son irrenunciables, su enunciación no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley. Pero esta disposición se refiere sólo a los “Derechos y Garantías Sociales” y no existe una norma análoga referida a los Derechos y Garantías individuales.

La Constitución del Ecuador de 2008, artículo 11, numeral 7, establece que el reconocimiento de los derechos y garantías instituidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. Esta norma debe ser destacada en cuanto hace referencia a los instrumentos internacionales para proteger los derechos no enumerados. Así, se pone a la par de la de Brasil y Colombia.

La Constitución de El Salvador de 1983, en el artículo 52, dispone que la enunciación de los derechos y beneficios no excluye otros que se deriven de los principios de la justicia social, no obstante, se refiere a los derechos de los trabajadores y de la seguridad social.

La Constitución de Guatemala de 1985, artículo 44, mandata que los derechos, deberes y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

La Constitución de Honduras de 1982, en el artículo 63, sustenta que las declaraciones, derechos y garantías que enuncia la Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre.

La Constitución del Paraguay de 1992, en el artículo 45, al referirse a los derechos y garantías no enunciados, sostiene que estos no deben entenderse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella.

La Constitución del Perú de 1993, artículo 3, determina que la enumeración de los derechos establecidos en el primer capítulo de la Constitución no excluye los demás que la misma Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1952 dispone en la Sección 19 de su artículo II, Carta de Derechos, que la enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva, ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente

La Constitución de la República Dominicana, de 2015, establece en su artículo 74, numeral 1, que la enumeración contenida en la misma Constitución no es limitativa, y, por consiguiente, no excluye otros derechos ni deberes de igual naturaleza.

En la Constitución de Uruguay de 1967, en el artículo 72, dispone que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 22, señala que la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos

humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos.

Empero, algunas constituciones latinoamericanas no contienen una norma de esta naturaleza. Entre ellas, es interesante tener en cuenta las de Cuba, Nicaragua, Chile, Haití y México.⁸¹ En particular, la Constitución de México no ha tenido una cláusula similar, ni en su constitución de 1857, ni en la de 1917. Igual es el caso de la Constitución de Panamá de 1972, ni anteriores, que no contemplan disposición al respecto. No obstante, en algunos casos sí ha existido con anterioridad una cláusula como la estudiada.

La Constitución de Cuba, en 1940, disponía que la enumeración de los derechos garantizados no excluía los demás que esa Constitución establecía, ni otros de naturaleza análoga o que se derivasen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Disposición que tenía antecedente en la Constitución de Cuba de 1901, en su artículo 36. Por su parte, la Constitución de Nicaragua de 1987 tampoco contiene ninguna disposición del tipo, aunque la Constitución de 1950 disponía en su artículo 125 que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluía los otros que son inherentes a la persona humana o que se deriven de la forma establecida de Gobierno. Esta disposición tenía sus antecedentes en textos constitucionales previos de dicha nación.⁸²

La Constitución de Chile de 1980 no incluye una norma sobre los derechos no enumerados o enunciados. Pese a ello, estos se pueden derivar de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 5, que dice: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*”.

En ese sentido, Bidart Campos señala que, la falta de una norma expresa de este tipo, sobre derechos implícitos en la Constitución, se

⁸¹ Gros Espiell Héctor, *op. cit.*, pp. 163-166.

⁸² *Idem.*

superaría al considerar que está implícita en el sistema axiológico.⁸³ Con este enfoque, se pretende superar al derecho en la formalidad de las normas escritas, de modo que se evitaría caer en el error de que lo que no se puede leer en una norma o en un texto carece de existencia jurídica. Ello aplica para la Constitución de México que, si bien es cierto carece de este tipo de cláusula, en cambio, está basada en una filosofía, una historia, una serie de principios y valores, así como derechos, que constituyen su teleología, dando lugar a la implícitud, a fin de cumplir con sus postulados y mantener su vigencia y fuerza normativa.

2.2. Derecho internacional de los derechos humanos

La teoría de los derechos implícitos se puede extender al ámbito internacional de los derechos humanos. Los tratados de derechos humanos, como las Constituciones, de manera general, contienen un listado de derechos enumerados, algunos incluyen además cláusulas que pueden ser identificables como de derechos implícitos, porque hacen reenvíos hacia afuera de sus textos para que queden reconocidos otros derechos que no contienen en su articulado o que contienen con menor amplitud.

Esta interpretación del derecho internacional, desde la perspectiva de Bidart Campos, significa dos cosas: 1. Cuando una Constitución hace alguna referencia a tratados internacionales de derechos humanos nos permite respaldar la idea de que esos derechos que constan en normas, y que se hallan fuera de la Constitución, deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución. 2. A la inversa, cuando un tratado queda abierto a mejores derechos que surgen de otra fuente internacional o del derecho interno de un Estado, también está significando que en su articulado valora como implícitos los derechos que

⁸³ Bidart Campos, Germán J., "Los derechos "no enumerados"...", *cit.*, pp. 109-110.

se sitúan fuera de él. En suma, lo explícito de las dos fuentes (interna e internacional) alimenta lo implícito también en ambos sentidos, componiendo un mismo conjunto de derechos. Los derechos que cuentan con norma explícita han de interpretarse de tal modo que no signifiquen negación de los que carecen de normativa propia.⁸⁴

Como ejemplo, destaca el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica establece en dicho artículo las reglas para su interpretación, señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “*c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno,...*” Como en el inciso c) se impide excluir derechos inherentes a la persona o derivados de la democracia, se están adicionando a los derechos, libertades y garantías que son explícitos en su articulado aquellos derechos que provienen de otras fuentes, por eso se podría hablar de derechos implícitos.

Para Héctor Gross, esta norma ha jugado un papel expansivo y unificador en el ámbito internacional, al ir de una fórmula nacida en el Derecho Constitucional, que ahora existe internacionalmente, tanto para los Estados Parte que han seguido en su derecho interno esa fórmula, como para los Estados Parte que no han consignado una norma análoga en su Derecho Constitucional.⁸⁵

Para ese mismo autor, además, la teoría de los derechos implícitos se puede derivar del artículo 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere al “*Reconocimiento de Otros Derechos*”, y dispone: “*Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77*”. Estos dos artículos se refieren al procedimiento para adoptar enmiendas a la

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 106-109.

⁸⁵ Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, pp. 168-171.

Convención (art. 76) y al procedimiento para elaborar proyectos de protocolos adicionales a la Convención, “*con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades*” (art. 77).⁸⁶ Así, de interpretar estas dos normas, los artículos 31 y 29 c) del Pacto de San José, de una manera armónica y sistemática, llegan a la concluir posible el reconocimiento, por protocolos adicionales, de otros derechos y libertades a efectos de incluirlos en el régimen de protección previsto por la Convención, y no excluye la también posible aceptación de la existencia de otros derechos que, asimismo, gozarán del régimen convencional de protección, siempre que ellos fueran inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Por tanto, lo importante de esos artículos es que evidencian la posibilidad de reconocer un derecho o una libertad, y de incluir progresivamente uno o más nuevos derechos no enunciados en la Convención.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan, respectivamente, en su artículo 5, apartado 2, que “*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*” Disposiciones similares se encuentran en el artículo 41 de la Convención sobre Derechos del Niño y 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Estas normas disponen en general una regla que prohíbe toda interpretación reduccionista que pueda llegar a negar derechos que no están enumerados en el respectivo tratado, sino que surgen de una fuente ajena a él, pero que él mismo estaría recogiendo como implícitos en su sistema.⁸⁷

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Véase Bidart Campos, Germán J., “Los derechos “no enumerados”..., *cit.*, pp. 106-109.

Es posible, por tanto, llegar a sostener que cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una cláusula sobre derechos implícitos, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar a su plexo los derechos no enumerados en la medida equivalente a la de la referida cláusula internacional que prohíbe negarlos por falta de enumeración. Sería éste el caso de la Constitución Mexicana, que carece de una norma constitucional sobre derechos implícitos, no obstante, contiene otra que expresamente integra los tratados internacionales como fuente de derecho, de ahí que la remisión a esas fuentes internacionales atrapa a cuantos derechos implícitos pueden surgir de ellas, y los agrega a la Constitución. De modo que la ausencia en la Constitución de una norma sobre derechos no enumerados es susceptible de suplirse acudiendo al derecho internacional, el cual, además, el Estado debe tomar como parámetro de interpretación en su sistema de derechos.

2.3 Observaciones sobre la conveniencia de la teoría de los derechos implícitos

La teoría de los derechos humanos implícitos tiene como eje rector la afirmación de que hay derechos aunque no haya normas acerca de ellos. En América, es más clara la apertura a rango constitucional a los derechos humanos establecidos por una enumeración no taxativa, y que admite derechos implícitos, que incluso se complementan con los contenidos en tratados internacionales. Es conveniente que las Constituciones mencionen la cuestión de los derechos no enunciados o no enumerados, señalando que ese hecho no genera la negación de los derechos no escritos.

En los casos donde no existen estas cláusulas, se deben entender como puestas por dos vías; a) por la axiología del sistema constitucional, puesto que para hacer cumplir la teleología de la Norma Fundamental se necesita de la implícitud, y b) por medio de las cláusulas de los tratados

internacionales que prohíben la negación de derechos no escritos en ellos. Además, porque el reconocimiento de derechos implícitos responde a la idea de que el fin último de los derechos humanos es el bienestar de la persona que no puede quedar limitado a un catálogo de derechos fundamentales contenidos en las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales.

Néstor Pedro Sagüés, al respecto, observa que en la Constitución de Argentina, los derechos no enumerados se muestran de una exégesis histórica, extensiva y armónica del artículo 33, empalmada con otras prescripciones constitucionales, siendo además deducibles de diversos artículos expresos. Esos derechos son superiores a la Constitución y a la misma soberanía, pues asumen la condición de principios pétreos, intocables por el gobierno o la comunidad. Considera que el verdadero significado de esto es que los derechos enumerados no representan la negación de otros que no lo son; así, se pone frenos al legislador, pues existe un derecho trascendente superior al positivo, cuya validez no depende del Poder.⁸⁸ El mismo jurista ha destacado el papel de los tribunales constitucionales en el desarrollo de estos derechos mediante la interpretación constitucional, los cuales son descubiertos y declarados por los jueces constitucionales, lo que los hace constituirse como agentes de cambios sociales.⁸⁹

El peruano Edgar Carpio Marcos vincula la existencia de esta cláusula con el principio de dignidad, sobre el cual se sostienen todos los derechos que la Constitución peruana anida. Basa esta afirmación en un estudio de los supuestos históricos, políticos y filosóficos de la cláusula, y concluye que del principio de dignidad humana se derivará la

⁸⁸ Sagüés, Néstor Pedro “Los derechos no enumerados en la Constitución nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 1986, t. XIV, pp. 103 y ss.

⁸⁹ Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Konrad Adenaur Stiftung, Año XVII, 2011, pp. 527-541.

justificación del conjunto mínimo de derechos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la Constitución, pero que es absolutamente necesario reconocer para conseguir desarrollar su proyecto vital.⁹⁰ La existencia de la cláusula de los derechos no enumerados se justificaría en una clase de iusnaturalismo, que concibe los derechos como previos y admitidos en el aludido principio. En el caso de Perú, es claro porque hay alusión explícita a la dignidad del hombre como fuente de derechos en la Constitución (artículo 3º). Es posible afirmar que aunque en el caso mexicano no existe referencia semejante a la dignidad, ni la aludida cláusula, sí existe dicho principio como base del sistema constitucional.

Para el caso de República Dominicana, Carlos Ramón Salcedo define los derechos implícitos o no expresos como aquellos que si bien no han sido expresamente plasmados en el texto constitucional, se derivan del análisis del mismo como un todo, con el objetivo de inferir desde su seno una regla que no estaba explícita en él. Coincide en señalar que el criterio fundamental de desarrollo de estos derechos es la dignidad humana. Respecto al problema de a quién le corresponde la identificación de estos derechos implícitos, considera que es a los jueces constitucionales a través de la interpretación integral de la Constitución, pues no hacerlo implicaría desconocer su papel de garantes de la efectividad directa e inmediata de la Norma fundante.⁹¹

Francisco Laporta, por su parte, expone que la noción de derecho implícito sugiere que aunque se carezca de una solución jurídica explícita, se puede acudir al todo que conforma los enunciados normativos y prácticas cotidianas de un orden jurídico vigente para inferir una regla

⁹⁰ Carpio Marcos, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 3, julio-diciembre, 2000, pp. 3-25.

⁹¹ Salcedo Camacho, Carlos Ramón, “Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Konrad Adenaur Stiftung, Año XXII, 2016, pp. 532-539.

que no estaba explícita en él. Asevera que el concepto abarca gran variedad de normas, y distingue al menos seis sentidos: 1) Reglas implicadas formalmente en otras explícitas, es decir, son consecuencia lógica o deductiva de otras normas establecidas. 2) Reglas implicadas conceptualmente, derivables a partir de los términos variables de los enunciados jurídicos como los términos del lenguaje natural o los conceptos jurídicos. 3) Reglas producto de enunciados interpretativos, se presenta cuando se crea un enunciado jurídico que explique el sentido de otro que es vago o impreciso. 4) Reglas que cumplen el propósito o fin de otras normas explícitas. El fin de la norma puede generar otra norma para cumplirla mediante una interpretación teleológica. 5) Reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores. 6) La jurisprudencia como origen de derecho implícito; vistas como un cuerpo, las resoluciones jurídicas son un depósito de derecho implícito, porque los jueces recurren a ella para solucionar ciertos casos que no tienen solución normativa explícita.⁹²

Las observaciones del jurista español introducen sobre la dificultad teórica de las normas implícitas, no tanto de los derechos, no obstante, este aspecto será abordado oportunamente en el capítulo II. Baste ahora decir que la teoría de los derechos implícitos, se centra en afirmar que hay derechos con normas y derechos sin normas. Un trabajo relevante en la materia y que ha alcanzado bastante notoriedad es el del jurista argentino Carlos Ernst, quien analiza los usos del concepto en la dogmática jurídica, sus presupuestos teóricos, y lo conceptualiza. Sin embargo, el enfoque que asume es altamente técnico, desde el punto de vista dogmático, pues lo que pretende es diferenciar el concepto de derecho implícito de otros, como las “normas lógicamente implícitas”, “conceptualmente implícitas” y “causalmente implícitas”.⁹³ Pero la visión

⁹² Laporta, Francisco J., “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, en *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Año 6, 2002, pp. 139-147.

⁹³ Ernst, Carlos, *Los derechos implícitos*, Argentina, Marcos Lerner Editora, 1994.

de los derechos como normas es materia que se aborda oportunamente en el siguiente capítulo.

Con esta teoría, se reafirma que el derecho positivo no es la única fuente de derechos, sino que hay otros que derivan de los valores concentrados en una Constitución, es decir en su axiología, como son la persona humana o las forma de gobierno democrático y republicano. Esto porque, como se había expresado con anterioridad, los derechos no se “constituyen” en las normas positivas, sino que en ellas solamente se “reconocen”, pues es claro que los derechos son preexistentes, al menos en un sentido moral o ético, a la existencia de las normas. Empero, el ritmo de la vida moderna, las grandes necesidades sociales, los avances de la ciencia que contrastan con el ritmo de las reformas constitucionales pueden poner a prueba la demanda de protección en situaciones que, aun siendo justificadas, puedan quedar en peligro por no encuadrar en la exacta letra de la Constitución. En un escenario como el descrito, la defensa de una pretensión legítima que aspira a ser un derecho humano dependerá mucho de la interpretación que pueda hacerse del texto Constitucional.

La teoría de los derechos implícitos, que se ha venido explicando, para que sea efectiva, dependerá de dos elementos; el primero es considerar que no es necesario que un derecho esté escrito de modo expreso en la Constitución, y el segundo es que la interpretación de la Constitución por los jueces es susceptible de dar contenidos en favor de los derechos humanos. Los derechos humanos, para adquirir plena vigencia y efectividad, requieren en mucho de las garantías que la Constitución les otorga, en tanto, la Norma Suprema confía a los jueces la defensa de la constitucionalidad. Pero el estudio de los procesos de interpretación y la implícitud, como herramientas para el reconocimiento de derechos no escritos, son materia del siguiente capítulo.

3. ¿Qué significan el “reconocimiento” y los “derechos humanos no escritos”?

Resulta conveniente aclarar dos conceptos esenciales en la problemática planteada; el de “reconocimiento” y el de “derechos no escritos”. Se explicará el primero a través de una contratesis a la sostenida en este trabajo, y se darán una serie de argumentos para refutarla. Luego se particularizarán los derechos humanos no escritos.

La contratesis. Existe una postura problemática sobre el alcance que se puede dar al reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución Mexicana. La idea anterior se sustenta sobre lo expresado en el artículo 1° constitucional: “*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución...*”. De esa forma, el reconocimiento de los derechos estaría limitado y condicionado sólo a los contenidos en el texto de la norma fundamental. Así, se puede afirmar que la Constitución no protege todos los derechos humanos que se pueden identificar como tales, aun cuando sean inherentes a la persona, porque el reconocimiento de los derechos no tiene independencia del texto constitucional. Siempre sería, en última instancia, la Constitución la que determina qué derechos se reconocen como derechos humanos.⁹⁴

Además, esto acarrea que para identificar un derecho humano primero se deban analizar las características de los derechos constitucionales a fin de saber cuáles de ellos son efectivamente humanos. De los derechos en la Constitución se presentan las siguientes hipótesis: a) derechos formalmente fundamentales (regulados en la Constitución) y que materialmente no son derechos humanos. B) derechos formalmente fundamentales y materialmente derechos humanos. C)

⁹⁴ Esta postura se sostiene en Baltazar Robles, Germán Eduardo, *Derechos humanos, derechos Fundamentales..., juicio de amparo y reparación integral, México*, (s.l.), Complejo Educativo de Desarrollo Integral, 2015, pp. 21-23.

derechos no formalmente fundamentales y materialmente derechos humanos.⁹⁵ Respecto a la hipótesis A, es cierta, no todos los derechos constitucionales son derechos humanos. En cuanto a B, éste sería el estado ideal de los derechos, pero esto no acontece en la realidad; justo porque existe la hipótesis C, puede haber derechos humanos no expresados formalmente como fundamentales en una Constitución. Sin embargo, para la argumentación de este trabajo, esto no significa que no estén reconocidos, sino sólo que no gozan de la expresión formal de derecho fundamental.

Ahora bien, tradicionalmente, han existido dos posturas respecto a los derechos humanos. La que sostiene que el Estado los otorga en su orden jurídico, y la que plantea que el Estado sólo los reconoce y garantiza en alguna medida.⁹⁶ La primera determina el estatus de los derechos que a la persona corresponden, la segunda los considera como preexistentes y que son objeto de protección a través de los derechos fundamentales como instrumentos de garantía. La contratesis expuesta pertenece al primer grupo. El problema acerca del significado de la expresión “*gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución*”, es que puede ser entendida como un reconocimiento taxativo que deja fuera a derechos humanos no formalizados en alguna disposición fundamental. Para rebatirla, hay que expresar cuál es el sentido del reconocimiento constitucional de los derechos humanos.

Así, a fin de aclarar la cuestión, es menester utilizar cuatro categorías conceptuales; derechos constitucionales, estos serían simplemente cualquier derecho escrito en la Norma Fundamental. Luego, derechos fundamentales, usados para referir a los derechos constitucionales que protegen derechos humanos, estos últimos como derechos de índole moral. Finalmente, las garantías, son las que tienen los derechos fundamentales para hacerse efectivos. Así, los que están en

⁹⁵*Ibidem*, p. 24.

⁹⁶ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917...*, cit., p. 271 y ss.

la constitución son derechos fundamentales que son una medida de protección de los derechos humanos, pero han sido llamados equívocamente derechos humanos. Por tanto, la clave para aclarar el problema es la distinción de los derechos fundamentales como protección de los derechos humanos, a través de garantías.

Para diferenciar los derechos fundamentales de sus garantías, se cita aquí a Luigi Ferrajoli. Para este autor, los derechos fundamentales, en una definición puramente formal o estructural, son “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar...*”⁹⁷ En esta tesis, los derechos se adscriben por la identidad de los sujetos, así, los derechos humanos son derechos fundamentales porque se adscriben en función del estatus de persona.

El jurista italiano acoge la distinción entre derechos y garantías; concibe a las garantías como expectativas de obligaciones (de prestación) o de prohibición (de lesión), que son garantías primarias, las hay también secundarias, relativas a sancionar o reparar judicialmente las lesiones de los derechos en la violación a sus garantías primarias. Pero, puede suceder que aun cuando ambas estén implicadas lógicamente en un estatus normativo de derechos, no estén ni siquiera normativamente establecidas. Por ello, confundiendo derechos con garantías, se puede llegar a pensar que se niega la existencia de derechos por ausencia de garantías. Pensar así llevaría a absurdos tales como pensar que porque no existan normas sobre la jurisdicción no existe ningún derecho; de forma que no hay derechos porque no hay garantías. La ausencia de garantías corresponde a la inobservancia de los derechos positivamente

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., trad. Perfecto, Andrés, España, Tortta, 2009, p. 19.

estipulados que configura una laguna que debe de ser colmada, pero no a la ausencia de derechos.⁹⁸

De ese modo, es posible la existencia de un derecho subjetivo (como derechos humanos), sin que exista la obligación o prohibición correspondiente a causa de la indebida ausencia de la norma que lo prevé. En tal caso, se está ante la falta de garantías primarias, mas por ello no dejan de existir los derechos. Por eso, es importante distinguir entre derechos y garantías. En el caso mexicano, ante la ausencia de la expresión formal de un derecho humano (como obligación o prohibición normativa), se está sólo ante la falta de garantía, mas no ante la ausencia de derecho.

Es impropio que en el actual Estado Constitucional de Derecho, aun cuando se identifique, se acepte como legitima o se determine que una pretensión tienen la calidad de un derecho humano, quede desprotegida so pretexto de falta de reconocimiento constitucional por no tener la expresión formal de derecho fundamental, ello es una contrariedad que debe solucionarse. El propio orden jurídico positivo permite el reconocimiento de derechos no comprendidos en el texto constitucional, porque la finalidad del orden constitucional es declarar la protección de los derechos humanos como un ente meta-constitucional y no sólo en los confines de su texto.

Esto se demuestra con el dictamen de la Cámara de Diputados sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, respecto al artículo 1° constitucional, donde dice: “*Con la adición del verbo reconocer se busca que los derechos sean inherentes a las personas y que el estado simplemente reconozca su existencia*”.⁹⁹ Ello da prueba de que la fuente de los derechos es el estatus

⁹⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁹ Cámara de Diputadas. Dictamen de Comisiones Unidas de 23 de abril de 2009, p. 44. Consultado el 10 de junio de 2019. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf.

de persona, no el texto constitucional, éste es solo una herramienta de garantía de los derechos.

Esa protección de los derechos humanos como entes de fuente meta-constitucional podría ser claramente resuelta si se tuviera una cláusula de derechos implícitos, como la enmienda IX de la Constitución norteamericana, o las constituciones de Latinoamérica estudiadas en este capítulo; que reconozca que la enumeración de ciertos derechos en el texto constitucional no implica la negación de otros no mencionados, los cuales pueden ser exigidos si son compatibles con la naturaleza humana, por ejemplo.

Estas cláusulas no se limitan a establecer un catálogo de derechos, sino que dan preponderancia al valor de la persona humana; tienen además otras ventajas como permitir una tutela más articulada a través de la interpretación evolutiva e integradora de las disposiciones constitucionales que prevén los derechos de las personas. Esto crea un orden dinámico porque permite considerar no sólo los derechos reconocidos de modo explícito, sino que abre paso a la integración de los derechos por vía implícita.¹⁰⁰

Una solución alternativa se extrae de la propia constitución. La reforma del 10 junio de 2011 tuvo por objeto la integración de los derechos reconocidos en los tratados internacionales a rango constitucional.¹⁰¹ De los propios tratados se obtiene una solución en virtud de que con ellos se ha integrado al orden jurídico mexicano las reglas de interpretación de los tratados de derechos humanos, que sí contienen explícitamente una cláusula de derechos implícitos. Es el caso del artículo 29, inciso c) de la Convención Americana y el artículo 5, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben la negación, menoscabo o

¹⁰⁰ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006, p. 75-78.

¹⁰¹ Por recomendación expresada en las *Observaciones finales del informe periódico del Comité de Derechos Humanos*, de 7 de abril de 2010, CCPR/C/MEX/CO/5, y la *Observación General número 31* del Comité, aprobada en 2004.

exclusión de derechos bajo el pretexto de que no están reconocidos en ellos. Estas reglas de interpretación convencionales permiten, *a contrario sensu*, que puedan integrarse derechos humanos no contemplados en ellas. A lo cual quedarían facultados y obligados los jueces federales por el párrafo segundo, que consiente la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos.

Un reconocimiento restringido de derechos es incompatible en la experiencia jurídica comparada con otros ordenes constitucionales, donde generalmente existe una declaración que reconoce que los derechos humanos tienen un fundamento superior a la ley, como el caso de la dignidad humana en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Alemania de 1949, el artículo 10 de la Constitución Española, u otras que declaran el reconocimiento y adhesión de los derechos del hombre y, como consecuencia, su garantía, el caso del preámbulo de la Constitución Francesa, o el artículo 2 de la Constitución Italiana de 1947. El problema es que la Constitución Mexicana tampoco tiene una alusión directa a la dignidad humana como fuente de los derechos humanos, como sí presentan, por ejemplo, hasta los tratados internacionales.

La redacción del texto mexicano es desacertada por que aparenta declarar el goce de los derechos sólo en la medida que están reconocidos en el texto constitucional, invirtiendo el orden de protección. Lo idóneo sería, como hacen otras constituciones, primero declarar el reconocimiento de estos derechos o de su fuente — como la dignidad— y, luego, su garantía a través de derechos fundamentales. Sin que la ausencia de garantías implique la negación de derechos.

Esta desafortunada exégesis restrictiva se diluye con un argumento histórico, si se estudian los documentos constitucionales del país, *verbigracia*; el acta constitutiva de 1824, que en su artículo 30 expresa que “*La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.*” Claramente, se distingue entre los derechos y las leyes como herramientas de protección. El acta de reformas

de 1827, en su artículo 5°, disponía que *“Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas.”*; que también diferencia entre los derechos del hombre, sus garantías y los medios procesales para hacerlas efectivas.

Más clara es la Constitución de 1857; *“El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.”*: En este artículo el constituyente no se asume como creador de los derechos, sino que, a la inversa, declara que los derechos son base de las instituciones sociales y que éstas tienen por objeto su protección para lo cual otorga garantías. En ese sentido, la redacción del actual texto se entiende limitativa, pues parece que condiciona la protección a su reconocimiento textual. Lo que no es así.

Además, hay una inconveniencia lógica en cuando al sentido restringido del verbo reconocer, porque su estructura argumentativa vendría a contradecir una verdadera protección de derechos humanos, al condicionarla a un elemento diferente de la naturaleza de la persona. Ambos esquemas serían los siguientes:

Argumento de reconocimiento abierto	Argumento de reconocimiento restrictivo
1. Alguien es persona. 2. Si alguien es persona entonces tiene un derecho a X. 3. Si alguien tiene un derecho X por ser persona entonces la Constitución lo reconoce y protege.	1. Alguien es persona. 2. Si alguien es persona entonces tiene un derecho a X. 3. Si alguien tiene un derecho X por ser persona entonces la Constitución lo reconoce y protege. 4. El derecho a X debe estar expresado en la Constitución, para ser reconocido y protegido.

<p>Por lo tanto: La constitución reconoce un derecho X a alguien por ser persona.</p>	<p>Por lo tanto: La constitución reconoce un derecho X a alguien por ser persona y estar expresado en la Constitución.</p>
--	---

Como se ve, el segundo argumento restrictivo inserta una premisa adicional a la que condiciona la protección de un derecho (el 4.); el de su expresión en la Constitución. De modo que se trata de un argumento diferente, porque los derechos no serían reconocidos por el simple hecho de que alguien es persona, sino además porque deben estar expresados en la Constitución.

El verbo reconocer puede significar varias acciones.¹⁰² Para esta tesis, son relevantes tres: el de establecer la identidad de algo; admitir algo como legítimo; y aceptar que algo tiene determinada cualidad o condición. En tales sentidos se refiere aquí al reconocimiento de los derechos humanos, sobre lo que se desea expresar tres cosas; establecer la identidad de una pretensión como un derecho humano protegido constitucionalmente; o admitir como legítimo un derecho humano; o aceptar que alguna pretensión tiene la cualidad o condición para ser un derecho humano protegido por la Constitución. En el primer caso, se trata de encontrar identidad de una pretensión con algún derecho humano; en el segundo, de admitir la legitimidad de la pretensión como derecho; en el tercero, aceptar que la pretensión tiene la condición para ser protegida constitucionalmente.

En todo caso, es necesario que el derecho humano deba ser reconocido por el orden constitucional, aunque no expresamente en su texto, y esto es posible porque la Constitución da garantías para ello, como la jurisdicción constitucional y la interpretación de la Constitución, a manera de una operación en la que el juez tendrá que verificar que una

¹⁰² En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se expresan doce significados; sin embargo, cabe señalar que estos son diacrónicos y su orden de aparición está determinado con forme van cayendo en desuso.

pretensión tiene identidad con algún derecho ya escrito; o bien que se puede admitir como un derecho legítimo; o aceptar que tiene la cualidad de un derecho humano.

Queda ahora la cuestión de explicar qué se entiende por derechos humanos no escritos. Bajo este concepto se quiere incluir tres posibilidades: 1. Se trata de derechos humanos nuevos; 2. Se trata de una ampliación de derechos humanos ya reconocidos, bien, en cuanto a sus titulares, o en relación a sus contenidos, y 3. Se trata de derechos humanos que en la constitución mexicana simplemente no fueron enunciados, pero no hay duda de su condición de derechos humanos. En adelante se explica cada una.

- a) Debe admitirse la posibilidad de que en el futuro se presente una situación que merezca la protección del Estado por involucrar la dignidad de las personas, y que, aunque se estime un derecho humano, no encuadre con alguno de los que la Constitución expresa en su texto. Se estaría, entonces, ante un nuevo derecho humano.
- b) Puede presentarse un caso donde una pretensión se alegue como parte de un derecho humano ya reconocido. Por ejemplo, que el derecho X comprende el contenido Y, o que el derecho X es aplicable también a Z. Se está ante una manifestación no escrita de un derecho respecto a su contenido o a los titulares que comprende.
- c) Por último, se ha presentado el caso de que ciertos derechos humanos con esa evidente condición, como la vida o el libre desarrollo de la personalidad, no fueron declarados por el Constituyente Mexicano. Entonces, se está frente a un derecho humano no escrito.

Cualquiera de estos tres casos se agrupa bajo el rubro de “derechos humanos no escritos”. Por otra parte está el tema relativo a los criterios usados para identificar a estos derechos. En este trabajo se propondrán

cuatro; unidad de la naturaleza humana, prioridad, universalización y armonización, así como legitimidad, que se explicarán al abordar la completitud del sistema de derechos humanos.

En tanto que la solución para lograr una protección de derechos humanos no escritos es realizar un reconocimiento usando la interpretación de la Constitución. Así, se puede vincular un derecho no escrito a los derechos que sí lo están usando como nexo la implícitud, es decir considerando que un derecho está incluido en la Constitución sin que ésta lo exprese. Lo que se aborda en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS NO ESCRITOS

“Lo propio del saber no es ver ni demostrar, sino interpretar”.
Michel Foucault, *Las palabras y las cosas*.

SUMARIO: 1. *Planteamiento*. 1.1. *La interpretación constitucional y los intérpretes constitucionales*. 2. *Análisis de los elementos para el reconocimiento de derechos humanos por interpretación judicial*. 2.1. *Sujetos, objetos y vías de la interpretación constitucional*. 2.2. *Las lagunas del ordenamiento en materia de derechos humanos*. 2.3. *Disposiciones, normas y normas implícitas*. 2.4. *Las operaciones interpretativas*. 2.5. *El uso de los principios y valores en la interpretación*. 2.5.1. *Doble función de los derechos humanos; sus dos dimensiones*. 2.6. *La interpretación del juez constitucional y la creación normativa*. 3. *Un esquema hipotético de las formas de interpretación de derechos no escritos*.

1. *Planteamiento*

Al aceptar la posibilidad de existencia de derechos humanos no escritos, se presenta la necesidad de reconocerlos para darles protección a fin de mantener la vigencia de la Constitución, que declara que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. La solución propuesta en esta investigación es considerar que los jueces pueden efectuar el reconocimiento de esos derechos, mediante interpretación constitucional. Explorar las vías y las formas en que esto puede suceder es la propuesta de este capítulo.

Para adentrarnos al tema se propone un cuestionamiento base ¿El contenido de los derechos humanos se reduce al discurso escrito en la Constitución o puede ser ampliado por los jueces mediante interpretación de su texto? La hipótesis que atraviesa este trabajo es que los derechos humanos, cuando han sido reconocidos por las Constituciones, tienen un contenido que no puede quedar limitado o clausurado a la dimensión positiva, sino que se trata de una sustancia adaptable a las circunstancias específicas en que se reclamen, y que los jueces constitucionales pueden hacer esta tarea por autorización expresa del mismo texto constitucional.

La Constitución Mexicana, en el párrafo segundo del artículo 1°, después de declarar el goce a todas las personas de los derechos humanos reconocidos tanto en ella, como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, prescribe que: *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”* Esta disposición es significativa por sus implicaciones. En primer lugar, admite que las normas de los derechos humanos son objeto de interpretación; en segundo lugar, confina la actividad interpretativa a los márgenes de la propia Constitución y los tratados; en tercero, da una dirección final al acto interpretativo, favorecer siempre la protección más amplia para las personas. A partir de esto deben explorarse algunos aspectos importantes.

Si se atiende a las obligaciones constitucionales de las autoridades mexicanas en materia de derechos, así como a los principios que la rigen, se entenderá que el fin último de estas normas es la protección integral de la persona; por tanto, determinar si un derecho está, o no, reconocido implícitamente en el texto de la Norma Fundamental es una cuestión a la que subyace determinar la vigencia misma de la Constitución, que ordena

proteger la dignidad humana, sobre todo, conforme al principio de progresividad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha definido que ese principio impone a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, ya sean autoridades legislativas, administrativas o judiciales, exigencias tanto de carácter positivo como negativo. En sentido positivo para el aplicador, deriva el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen el alcance y la tutela de los derechos, en lo posible jurídicamente. En sentido negativo, el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos de forma regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y el nivel de tutela admitido previamente.¹⁰³ En una línea similar, la Segunda Sala del mismo Tribunal ha señalado que tal principio implica progreso, esto es que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar, y se relaciona con la obligación positiva de promoverlos tanto creciente como gradualmente, así como también a garantizarlos a todas las personas.¹⁰⁴

La propuesta de solución ante un caso difícil donde los justiciables reclamen el reconocimiento de un derecho que no está escrito en la Constitución y que, como tal, merezca la protección que la misma dispensa es, para efectos de esta tesis, hacer derivar estos derechos mediante interpretación de las normas de derechos humanos. Tal idea encuentra apoyo en cierto criterio del máximo tribunal. La Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver el amparo directo en revisión 496/2014, sostuvo que el contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de la norma, sino que se extiende a la interpretación que los

¹⁰³ Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 189, del rubro: “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.”

¹⁰⁴ Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 980, del rubro: “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.”

órganos autorizados hagan al respecto. De acuerdo con el tribunal, la interpretación del contenido de los derechos humanos debe ir a la par de la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida. Dicho de otra manera, el contenido de los derechos se va robusteciendo con la interpretación, evolutiva o progresiva, que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, los organismos internacionales, como los intérpretes autorizados, en relación con tratados específicos.¹⁰⁵

Ahora, el objetivo en adelante es explicar cómo, a partir de derechos reconocidos explícitamente en normas constitucionales, se puede reconocer otros derechos, buscando comprender las operaciones interpretativas que permiten el crecimiento exponencial de los derechos. El interés de este capítulo se centra en plantear el problema en términos normativos, viendo los derechos humanos como normas que tienen el carácter de fundamental porque componen la Constitución mexicana. Al respecto, Alchourrón y Bulygin definen un problema normativo como una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición y obligatoriedad.¹⁰⁶ Por esta razón, es que se plantea la cuestión como de tipo normativo, dado que, en el fondo, se trata de determinar el estatus jurídico de una situación para saber si puede alcanzar el grado de derecho. Afirmar la existencia de un derecho implica saber si existe una norma jurídica que lo reconozca, proteja y garantice.

El problema se sitúa en clave constitucional por ser la norma con mayor jerarquía y porque, debido a su posición de orden superior, fuente primaria, y norma fundamental, tendría por efecto que el reconocimiento derivado de la misma sea, por fuerza, seguido en todas las normas

¹⁰⁵ Este asunto dio origen a la Tesis 1a. CDV/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 714, del rubro “DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO.”

¹⁰⁶ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Carlos, *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Colombia, Astrea-Universidad de Medellín, 2013, p. 15.

inferiores, además vincule a todas las autoridades estatales. De forma tal, que la cuestión a resolverse en sede constitucional se convierte en una solución definitiva.

Por tal motivo, este segundo capítulo propone un estudio de los elementos que conformarían el proceso de interpretación constitucional por el que los jueces pueden reconocer derechos humanos no escritos. Se aborda el marco necesario para demostrar dicha afirmación mediante la determinación de un concepto de interpretación e intérpretes constitucionales. Luego, se señalan los presupuestos necesarios para plantear el reconocimiento de un derecho no escrito, así como la derivación de normas implícitas cual arista de esta posibilidad; asimismo, se señalan las operaciones interpretativas que se consideran relevantes para este proceso y la interpretación de los derechos humanos conforme a principios y valores como un instrumento de apoyo en esa construcción, además de una reflexión sobre la interpretación creativa de los jueces constitucionales. Por último, se concluye con los supuestos en que, se cree en esta tesis, pueden plantearse estos derechos.

1.1. *La interpretación constitucional y los intérpretes constitucionales*

La palabra “interpretación” en general, sin calificativo, admite una doble significación: En primera, se suscribe a una actividad o a un proceso mental, lógico o práctico que tiende a descubrir o dotar de significados determinados elementos del lenguaje, principalmente textos; en segunda, se refiere al resultado o al producto de tal actividad como una explicación dada, como un discurso. En esta tesis, se quiere referir al término interpretación en ambos sentidos, tanto actividad, como al producto de ésta, por lo que ambos aspectos son estudiados.

En principio, la palabra interpretar tiene su raíz en el verbo latino *interpretāri*, que significa explicar, traducir, juzgar e incluso decidir,

tomar el sentido de algo.¹⁰⁷ En la actualidad, el uso común de la palabra admite varios sentidos en diferentes campos como el científico, el literario, el artístico, en las ciencias sociales, y un uso concreto en el Derecho que es “*Determinar el significado y alcance de las normas jurídicas.*”¹⁰⁸

La interpretación se presenta en el Derecho porque las normas jurídicas se expresan en un lenguaje especial que en ocasiones es ambiguo, incluso para los juristas. Hay una indeterminación respecto al lenguaje jurídico debido a que éste es un subtipo del lenguaje natural, por esa razón los materiales jurídicos escritos (Constitución, leyes, reglamentos, etcétera), como cualquier otro lenguaje, son objeto de interpretación.¹⁰⁹ Es decir, que los problemas fundamentales de interpretación nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos, esto da lugar a la interpretación jurídica.

En este punto, se puede distinguir la interpretación jurídica como un subtipo de interpretación, a saber, como la determinación del significado y de los alcances de las normas jurídicas. No obstante, el término “interpretación”, aún limitado al ámbito, jurídico es amplio, por ello, es necesario circunscribir aún más para fines de este trabajo, pues sólo se quiere dedicar al estudio de la interpretación de las normas constitucionales.

La interpretación constitucional es un tipo especial de interpretación jurídica, que sobresale por su importancia; las normas constitucionales, hoy en día, constituyen el punto más alto de todo orden, ya no sólo político, sino también jurídico, por tanto, son normas de

¹⁰⁷ Véase Pimentel Álvarez, Julio, *Breve diccionario Latín-Español Español Latín*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 269.

¹⁰⁸ El Diccionario de La Real Academia Española precisa ocho significados del verbo “interpretar”.

¹⁰⁹ Sobre el lenguaje jurídico y su indeterminación puede consultarse Guastini, Riccardo, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Minima Trotta, 2008, pp. 30-34; y *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 9ª ed., México, Porrúa, 2016, pp. 60 -67; Wroblewski, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, México, Fontamara, 2008, pp. 131-135; así como Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho: Introducción a la ciencia jurídica*, México, Fontamara, 2011, pp. 154-156.

identificación, producción y corrección de todas las otras normas dentro de un sistema. Una Constitución será el criterio fundamental de validez formal y material del sistema jurídico, y la interpretación que se haga de ese texto será determinante para el mismo.

Para definir la interpretación constitucional podría tomarse como base exclusiva un criterio objetivo, el objeto de interpretación, que sería la Constitución, así cualquier explicación de este texto sería constitucional, empero, como dice Rodolfo Luis Vigo, al definir de esta forma se amplía el campo subjetivo de los intérpretes, dado que se abarca tanto a los órganos con autoridad para interpretarla, como a los que no tienen autoridad estatal.¹¹⁰

Se considera en esta tesis que para hablar en sentido estricto de interpretación constitucional, además del criterio objetivo es necesario el criterio subjetivo, es decir, de acuerdo a quién la emite, porque la interpretación doctrinal o hecha por particulares, aunque resulte muy atinada y correcta, incluso influyente, no es vinculante. Al respecto, Prieto Sanchís ha hecho notar, la interpretación constitucional se distingue tanto por las particularidades del objeto de interpretación como por la función de los órganos encargados de realizarla.¹¹¹ En ese sentido, se quiere limitar, para fines del presente trabajo, la interpretación constitucional a aquella relevante y significativa por venir de un órgano con autoridad, esto es, definir la interpretación constitucional no sólo por el criterio objetivo, sino también por el criterio subjetivo, que es un elemento fundamental.

En esa ruta, para dar sentido a los textos jurídicos se hace necesaria la mediación de un sujeto que se denomina intérprete. El intérprete es una especie de mediador entre aquello que requiere ser interpretado y sus destinatarios. Ahora bien, se puede distinguir la

¹¹⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot-LexisNexis, 2004 p. 81.

¹¹¹ Prieto Sanchís, Luis, "Notas sobre la Interpretación Constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, número 9, Mayo-Agosto, 1991, pp. 175-198.

interpretación constitucional atendiendo al intérprete, o sea, atendiendo al órgano o a las personas que realizan la interpretación de acuerdo con el sujeto que la emite, así tendríamos, por ejemplo, la interpretación legislativa, administrativa, y judicial.

Destaca sobre estas especies la interpretación judicial, que es la desarrollada a través de tribunales al aplicar las disposiciones normativas en la resolución de los procesos jurídicos; dentro de esta especie se encuentra la interpretación que realizan los tribunales constitucionales, específicamente, los cuales tienen la potestad del control de constitucionalidad. En el caso mexicano, se trata de los tribunales que componen el Poder Judicial de la Federación y, sobre todo, de la Suprema Corte de justicia, quien funge como órgano de control constitucional, porque sus actos son decisivos en la resolución de las controversias concretas que se les presentan, siendo vinculantes sus interpretaciones para las partes del proceso. Wroblewski distingue esta interpretación como operativa, o sea, aquella que tiene lugar cuando aparece una duda concerniente al significado de una norma jurídica que ha de ser aplicada en un caso concreto de toma de decisión por una instancia aplacadora del derecho; es, por tanto, interpretación obligada.¹¹²

El Poder Judicial de la Federación tiene primacía de intérprete constitucional¹¹³ porque, de entre los sujetos que pueden interpretar la Constitución, las de éste alcanzan especial relevancia, dada la función que la propia Constitución le confiere. El artículo 94 constitucional señala la obligatoriedad de la jurisprudencia sobre la interpretación de la

¹¹² Wroblewski, Jerzy, *op. cit.*, pp. 135-138 y 151-153.

¹¹³ Este es un tópico por demás explorado teóricamente, pueden consultarse: Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz, Civitas, Madrid, 1985, pp. 27 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en *La interpretación constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 30-31; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 102, 124-129, y 131-205; y Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 139-176.

Constitución y normas generales, que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito.

Al respecto, Christian Starck opina que la primacía de la Constitución normativa requiere seguridad institucional, y quien mejor se la puede ofrecer es un tribunal, además de que el poder particular de un tribunal constitucional reside en su prerrogativa de interpretación. Por eso, en un Estado con control constitucional judicial, la interpretación es una materia extremadamente delicada.¹¹⁴ Esto es comprensible si antes se entiende que la interpretación constitucional que hacen los órganos judiciales como el Tribunal constitucional tiene la última voz, así como facultades en la materia.

En cuanto al concepto de interpretación constitucional, para efectos del presente trabajo, se propone entender aquella actividad por la cual se determina el significado de las normas constitucionales, pero también su alcance y aplicación para hacerlas efectivas por parte de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de la función del control de constitucionalidad, quienes tienen primacía de interpretación constitucional.

2. Análisis de los elementos para el reconocimiento de derechos humanos por interpretación judicial

En este apartado se hará el análisis teórico de los elementos sobre los que se sustentaría la posibilidad de que los jueces puedan reconocer derechos humanos que no estén escritos en el texto de la Constitución. Se aborda primero el estudio de los sujetos, el objeto y vías, las operaciones interpretativas, y los resultados de esa interpretación constitucional.

¹¹⁴ Starck, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, España, Dykinson, 2011. pp. 27-29 y 90-93.

2.1. Sujetos, objetos y vías de la interpretación constitucional

Es necesario identificar estos tres primeros elementos que, de manera concreta, corresponden a los jueces constitucionales (sujetos), las normas constitucionales de derechos humanos (objeto), y los procesos de jurisdicción constitucional (vías).

Los jueces constitucionales, en el país, se identifican con los jueces del Poder Judicial de La Federación, como se explicó anteriormente, porque son a los que la Norma Fundamental encomienda la defensa de la Constitución. Este poder, de acuerdo con el artículo 94 de la Constitución, se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito, quienes a su cargo tienen el control de la constitucionalidad.

El segundo elemento se refiere a normas constitucionales de derechos humanos. Con la incorporación de los derechos humanos a las Constituciones, estos adquieren el rango de normas constitucionales, por tanto, pueden ser estudiados como normas, que son objeto de interpretación, como ordena el mismo artículo 1° constitucional.

En tercer lugar está la jurisdicción constitucional, que se concreta en procesos judiciales específicos de control constitucional en los cuales se hace interpretación de la norma fundamental, como el juicio de amparo, previsto en los artículo 103 fracción I, que de manera específica señala que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por ella. Con esto, se confiere el control directo de la constitucionalidad respecto a derechos humanos a los tribunales de la federación conforme al proceso previsto en el artículo 107 constitucional. Posteriormente, se hallan otras dos vías, las previstas en las fracciones I y II, del artículo 105 constitucional, que prevén las controversias constitucionales y las

acciones de inconstitucionalidad. No debe dejarse de advertir que el Tribunal Electoral tiene competencia específica para conocer de violaciones a los derechos políticos electorales de los ciudadanos, que son también derechos humanos, conforme a la fracción V, del artículo 99 constitucional.

Si bien es cierto, por esencia, parece ser que las controversias se refieren solo a actos o normas que afecten la competencia de entes públicos, aquí se piensa que en ellas puede haber pronunciamientos respecto a la protección de algún derecho humano, si los concepto de invalidez se relacionan a una violación semejante (sobre todo tratándose de normas generales). Por mencionar un caso, destaca la Controversia constitucional 16/2000, interpuesta por el Ayuntamiento del Municipio de Córdoba, en contra de una reforma constitucional por la que se creaba una sala constitucional en el Estado de Veracruz, con competencia para conocer de un juicio de protección de derechos humanos. La Suprema Corte determinó que dicha sala era válida, pues con su creación no se invadía la esfera de atribuciones de los tribunales de la federación, dado que aquella se limitaba a salvaguardar exclusivamente los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local.¹¹⁵ Con esta determinación, se validó un mecanismo de protección de derechos humanos dentro del constitucionalismo local.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, es más clara la posibilidad de que se presente un pronunciamiento respecto a derechos humanos, sobre todo por la hipótesis del inciso g), que habilita a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a impugnar leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos.

¹¹⁵ La ejecutoria se encuentra publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, junio de 2002, p. 287, y también dio origen a la Tesis P. XXXIII/2002.

Por ello, es preciso indicar que el interés de esta investigación se limita al estudio de las posibilidades de este reconocimiento, tratándose de los medios judiciales de control constitucional, a cargo del Poder Judicial de la Federación, que son quienes pueden actuar como jueces constitucionales, en las vías de jurisdicción previstas en la Norma Suprema, y cuando interpretan las normas de derechos humanos. La causa es que, en el modelo de control constitucional mexicano, aunque es por una parte difuso y por otra concentrado, la prevalencia y preeminencia la tienen los jueces de la federación y, en última instancia, la Suprema Corte de Justicia,¹¹⁶ pues aunque en un proceso ordinario se llegara a plantear el reconocimiento de algún derecho no escrito, ya sea que el juez común lo conceda o lo niegue, esta decisión no es definitiva, pues queda aún sujeta al control constitucional de los jueces de la federación, en la vía de amparo, de forma que, al final, la decisión sobre dicho reconocimiento quedará en tal Poder, que la puede negar o confirmar, con un acto definitivo.¹¹⁷

El reconocimiento de un derecho humano no escrito sólo se puede consolidar en el acto normativo de la sentencia, que opera como norma individualizada. A causa de ello, cualquier tribunal del Poder Judicial Federal, al realizar control directo de constitucionalidad, puede emitir una sentencia que como resolución definitiva conceda tal reconocimiento. Este estudio se concentra en las sentencias como medio idóneo. No se menosprecia el valor de la jurisprudencia como vía de reconocimiento, pero, lo cierto es que para llegar a la formación de ésta se necesita primero

¹¹⁶ Así lo ha determinado el Pleno de la Suprema Corte. Véase la Tesis P. LXX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 557, del rubro: “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.”

¹¹⁷ Esta preeminencia era la que, para algunos juristas, permitía el control difuso, por ejemplo, Antonio Martínez Báez consideraba que los fallos de los jueces locales siempre quedaban sujetos a los jueces federales y a la Suprema Corte, conservando su calidad de intérprete final. Véase “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes”, en Flores Mendoza, Imer Benjamín (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, INEHRM, 2016, pp. 414 y 415.

el reconocimiento individualizado en las sentencias que la conforman, así que la declaración jurisprudencial de estos derechos inicia en la sentencias, por lo que se consolidan como el objeto de estudio de esta tesis. Por otra parte, no se niega la posibilidad de que este reconocimiento de derechos pudiera venir en alguna instancia ordinaria, por medio del control difuso, no obstante, en esa hipótesis, eventualmente, alguna de las partes del proceso puede someter a revisión constitucional la decisión del juez ordinario y, en ese caso, la instancia definitiva será la de constitucionalidad, por esa razón, sin negar otras posibilidades, se concentrará el trabajo en la justicia constitucional por su carácter de definitiva.

A partir de estos elementos se puede construir el presupuesto general siguiente: el reconocimiento de derechos no escritos se debe presentar en un proceso de jurisdicción constitucional, a cargo del Poder Judicial de la Federación, para que la interpretación que se derive y consolide en el acto normativo de la sentencia sea definitiva y efectiva, como norma individualizada.

2.2. Las lagunas del ordenamiento en materia de derechos humanos

De algún modo, el planteamiento en este trabajo parte de admitir la existencia de las lagunas jurídicas en el ordenamiento jurídico, es decir, de la existencia de situaciones en las que el juez está obligado a resolver, pero no encuentra un texto positivo adecuado y ha de resolver el tema recurriendo a materiales extrínsecos o intrínsecos del texto constitucional. Aun cuando algunos doctrinarios han llegado a negar la existencia de lagunas jurídicas como vacíos,¹¹⁸ hoy en día, parece

¹¹⁸ El ejemplo más representativo es Hans Kelsen. Véase Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge T. Tejerina, México, Época, 2008, p. 114-116, y *Teoría Pura del Derecho, El método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., México, Colofón, 2015, pp. 79-85.

innegable que al menos el derecho es vago por su abstracción, por eso es necesaria la labor del juez, quien determina lo que está indeterminado.¹¹⁹ Incluso, si se negara la vaguedad, pueden existir situaciones límite para el derecho, como los que se han llamado casos difíciles.¹²⁰ Bien sea por las lagunas, la vaguedad, o en los casos difíciles, la posible presencia de la necesidad de reconocimiento de un derecho no escrito.

Puede suceder que la ausencia de una norma que reconozca el derecho humano se dé por dos supuestos: a) una laguna nomológica, es decir, por carencia de una norma que sea necesaria para que se cumpla otra; o b) por una laguna dikeológica, cuando hay normas, pero son faltas de justicia.¹²¹ Los casos que interesan aquí pueden presentarse en ambas hipótesis.

En el primero, existiría la ausencia de una norma como parámetro de regularidad, por tanto, el juez la debe construir mediante interpretación de varias disposiciones; en la segunda, es decir, las que Goldschmidt llamó lagunas dikeológicas, cuando el problema tiene una previsión normativa y quien debe aplicarla la estima injusta, por tanto no la aplica, genera entonces una laguna, debe, luego, promoverse una norma que resuelva el problema de forma satisfactoria. Lo único que podría cambiarse, para efectos de la argumentación de la tesis, sería el criterio de justicia por el de corrección en contraste con las normas de derechos humanos. Es por esto que se ahondará un poco más en la segunda.

Un planteamiento similar sobre las lagunas es el de Bobbio, quien las presenta no como ausencia de norma para aplicar, sino como falta de

¹¹⁹ Es la postura de Timothy Endicott. Véase Endicott, Timothy *Palabras y Reglas*, trad. Rodrigo Sánchez Brigido, México, Fontamara, 2004, y *La Vaguedad en el derecho*, trad. J. Alberto del Real Alcalá, Madrid, Dyckinson, 2006.

¹²⁰ Luis Recasens Siches refiere estos casos y los define como aquellos donde la determinación de la norma positiva aplicable implica juicios de valor. Véase Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973, p. 220.

¹²¹ Estos tipos de lagunas son retomados de Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Argentina, Depalma, 1987, pp. 286-291.

critérios válidos para decir qué norma debe aplicarse, o sea, debe entenderse por laguna no la ausencia de una solución, sino la ausencia de una solución satisfactoria; no la ausencia de norma, sino la ausencia de una norma justa, de aquella norma deseada. Estas lagunas no surgen del ordenamiento jurídico por sí mismo, sino de confrontarlo con lo que debería de ser, por eso se les ha llamado ideológicas. Es obvio para él que en derecho positivo existen estas lagunas y no sólo aparecen en el derecho natural.¹²²

En el sistema nacional se observa también la posibilidad de estas lagunas, que pueden ser generadas por el mismo juez constitucional mediante una interpretación valorativa de alguna norma cuya corrección se someta a su arbitrio. Solo que las normas no se contrastan con un deber ser abstracto meramente deontológico, sino que se usa como parámetro de ese deber ser las normas constitucionales. Es decir, se generan cuando el juez estima una norma inconstitucional y la expulsa del sistema.

Pueden presentarse situaciones que, discutidas en sede constitucional, generen la carencia de normas y obliguen al juez a la interpretación de la norma para dar una solución completa al caso. Piénsese, por ejemplo, en caso de que se alegue, en juicio de amparo, la inconstitucionalidad de la ley que prohíbe una conducta, el juez la estima inconstitucional y la inaplica. Si se observa con detenimiento, ha dejado un vacío normativo derivado de la incorrección de la norma, pero esto no resuelve el problema de fondo; para ello, el juez, en su sentencia, genera una norma individual concreta para efecto de reparar el derecho humano violado, que pasa de la anulación de la norma general abstracta prohibitiva, a la creación de una norma individual concreta permisiva para el quejoso.

¹²² Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª ed., trad. Jorge Guerrero, Temis, Colombia. 2007, p. 231.

Silva Meza y Silva García destacan que, a partir de la función interpretativa de los tribunales constitucionales, se producen criterios generales de validez vinculantes para todos los poderes públicos, lo que resulta especialmente claro cuando las normas sobre derechos y libertades presentan la capacidad de ser interpretadas en forma expansiva puesto que pueden dar lugar a una multiplicidad de derechos fundamentales establecidos de modo corriente en el texto general.¹²³ También opinan que la capacidad judicial refleja en algunos casos que la determinación de efectos de las sentencias constitucionales no son solo de legislador negativo, sino como legislador positivo, sobre todo en aquellos casos donde se expulsa una norma inconstitucional por violación a derechos fundamentales que exige deberes positivos para la restitución respectiva.¹²⁴

Se dice, por tanto, que las lagunas, sobre todo en sede constitucional, pueden ser generadas por el propio juez cuando se analiza la corrección de leyes. Al estimar la inconstitucionalidad de una norma, el juez la expulsa del orden jurídico y, derivado de ese vacío, señala como efecto restaurador de la violación que se proceda de cierta manera. Esa norma individual, que ordena proteger el derecho humano, da lugar al reconocimiento de una prerrogativa que posteriormente puede ser estimada como un derecho humano.

Puede suceder, también, que en casos de incorrección de la norma puedan salvarse a través de una interpretación conforme, de modo que se evite la declaración de inconstitucionalidad, y que el juez prefiera hacer una interpretación dando un sentido válido a la disposición jurídica. Entonces, el juez crea una norma conforme al caso, por interpretación, que evita la invalidez; lo cierto es que, en el fondo, suplanta la norma primaria por su falta de corrección, creando una norma con significado

¹²³ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales: bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 161-162.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 206-207.

válido en el marco constitucional, lo que había no era una laguna de norma, sino de corrección.

En síntesis, se estima que puede haber una ausencia normativa en dos sentidos: a) nomológico, hace falta una norma que permita el cumplimiento de otra norma constitucional que protege un derecho humano, y que deba ser usada como parámetro de regularidad con el que se resolverá el caso; y b) dikeológica, donde hay una norma, pero es inválida por su incorrección, así, por consecuencia de la decisión judicial deberá ser reparada para una restitución integral.

2.3. Disposiciones, normas y normas implícitas

Ahora se pretende identificar los derechos implícitos como normas implícitas. Existe un enfoque teórico aceptado ampliamente sobre distinguir entre normas y disposiciones. Lo central, consiste en diferenciar las disposiciones como enunciados normativos que son idóneos para expresar significados de tipo normativo, generalmente a través de textos escritos y que, por tanto, son motivo de interpretación; de las normas como significados, los cuales se encuentran contenidos en las disposiciones normativas, esto es, en los textos.¹²⁵ No hay equivalencia entre los conceptos “disposición” y “norma”; la disposición es el objeto de la actividad interpretativa, la norma es su resultado.

Siguiendo esas posturas, habrá que distinguir entre los enunciados jurídicos, que son las disposiciones que se expresan en un texto, y las normas como su significado. Según Riccardo Guastini, “norma” es incorrectamente usado para referenciar tanto los enunciados que se

¹²⁵ Véase Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley*, trad. Diego Vecchi, Perú, Palestra Editores, 2013; y *Disposición vs. Norma*, Susanna Pozzolo (ed.); Perú, Palestra Editores, 2011; Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, trad. Silvana Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 77-78; y Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación: El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, trad. Horacio Sánchez Pulido, et al., Colombia, Universidad de Externado, 2014, pp. 36 y 37.

encuentran en los textos jurídicos, como su significado; pero deben distinguirse cuidadosamente las dos cosas. “Disposición” es todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho. “Norma”, no el enunciado en sí, sino su significado. La operación intelectual que conduce del enunciado al significado no es otra que la interpretación.¹²⁶

Al respecto, Jerzy Wroblewski señala que una norma se define por su significado, concebido como un modelo de conducta debida, y hace distinción entre “norma-formulación” como la expresión lingüística de una regla, constituida con elementos de las prescripciones jurídicas, y “norma-significado” que es el significado característico de una “norma-formulación”.¹²⁷ Werner Goldschmit, por su parte, percibe la norma jurídica en sí misma como “la captación lógica de un reparto proyectado por un tercero”.¹²⁸ Es decir, que la captación de sentido por parte de un tercero, como puede ser el juez, es lo que constituye la norma por sí misma.

Se entenderá, a partir de estas posturas, que la disposición es el objeto de la interpretación y la norma es su resultado, la norma jurídica no está presupuesta, sino que deriva del proceso interpretativo. Estos temas son abordados ampliamente en la filosofía del derecho, donde incluso se debate que sin interpretación no puede haber norma, es esta actividad la que desentraña el sentido racional de los enunciados jurídicos. Hay autores que opinan que el derecho no sólo es el texto normativo de la Constitución, sino también la interpretación que el juez hace de ella.¹²⁹ En ese sentido, Alejandro Nieto sostiene que el Estado no brinda directamente al juez normas jurídicas, sino textos normativos, cuya materia el juez habrá de elaborar por su cuenta, no siendo lícito

¹²⁶ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., pp. 77-78.

¹²⁷ Wroblewski Jerzy, *Sentido y Hecho...*, cit., pp. 131-132.

¹²⁸ Goldschmidt, Werner, *op. cit.*, p. 195. Un reparto son las conductas que como comportamiento cumplen las personas, véase p. 49 y ss.

¹²⁹ Por ejemplo, Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del derecho: Cuestiones relevantes*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 266-273.

confundir norma con texto normativo, pues estos últimos tienen mera función indicativa o significativa.¹³⁰

El uso de la disposición es para derivar de ella una norma, en cambio, la utilización de la norma conduce al problema de la aplicación, de la solución de un caso, siendo el caso paradigmático la aplicación judicial del derecho, puesto que es cierto que aunque existen otros tipos de interpretación en diferentes ámbitos, como el legislativo, el administrativo, o incluso el doctrinal, estos no dan interpretaciones definitivas ni terminales. Existen, además, otra razones por las que las normas y las disposiciones son diferentes. Las disposiciones vienen de un proceso formal de creación del derecho, y las normas derivan de la interpretación de esas disposiciones.

Asimismo, una norma puede emanar de varias disposiciones o varias normas de una sola disposición. En ese sentido, el jurista Riccardo Guastini ha señalado distintos tipos de relación entre disposiciones y normas. En primer lugar, sucede que un único enunciado normativo expresa una pluralidad de normas. En segundo lugar, puede presentarse que el supuesto de hecho condicionante tenga una estructura lógica compleja, en estas circunstancias, es posible que resulte difícil identificar los componentes del antecedente y, respectivamente, del consecuente. En tercer lugar, puede suceder que para reconstruir la norma sea necesario combinar una pluralidad de enunciados normativos o fragmentos de enunciados normativos, incluso dispersos en las fuentes más variadas, que forman una especie de cadena. Es más claro el siguiente catálogo del autor:¹³¹

- a) Disposiciones que expresan más de una norma. Muchas disposiciones tienen un contenido de significado complejo: expresan no una sola norma, sino una multiplicidad de normas

¹³⁰ Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, España, Ariel, 2000, pp. 93-95.

¹³¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., pp. 79-86.

conjuntas. A una única disposición pueden corresponder varias normas conjuntamente.

- b) Disposiciones ambiguas. Algunas disposiciones pueden ser interpretadas de distintas maneras por su carácter ambiguo. A cada interpretación corresponde un significado distinto y, por tanto, una norma distinta. En estos casos, a una sola disposición corresponde una multiplicidad de normas separadas entre sí. Una única disposición expresa más de una norma separadamente: una u otra norma, según las distintas posibles interpretaciones.
- c) Disposiciones sinonímicas. Puede suceder que dos disposiciones sean perfectamente sinonímicas, es decir, que tengan el mismo significado: que una, en definitiva, sea mera reiteración de la otra. En estos casos, a dos disposiciones corresponde una sola norma.
- d) Normas extraídas de más de una disposición. Sucede que una norma se extrae por vía interpretativa no ya de una sola disposición, considerada aislada, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas: es lo que se suele llamar, en la doctrina italiana, combinación de disposiciones.
- e) Disposiciones sin normas. Puede ocurrir que una disposición no exprese norma alguna. Esto es posible decirlo por entender que carece completamente de algún significado normativo.
- f) Normas carentes de disposiciones. El ordenamiento jurídico está lleno además de normas carentes de disposición, por ejemplo, carecen de disposición las normas de fuente consuetudinaria, así como toda norma que no pueda referirse a una precisa disposición como su significado, siendo meramente implícita o no expresada. Expresada es toda norma que pueda ser imputada a una disposición precisa como su significado. Se considera no expresada toda norma que constituye el significado de una determinada disposición. Toda norma no expresada es extraída de una o más normas expresadas mediante un razonamiento, en el cual, las

normas expresadas constituyen las premisas y la norma no expresada compone la conclusión. El último caso es el que interesa tratar con mayor amplitud.

Una vez que se ha distinguido entre disposiciones y normas, así como sus diferentes relaciones, se encuentra el caso en que ciertas normas no tienen una disposición. Ello conduce al tema de las normas implícitas. La doctrina ha dado dos sentidos de normas implícitas, uno lógico, que se trata de las normas derivables deductivamente de normas expresadas, y otro como normas extraídas por cualquier otro razonamiento, no necesariamente lógico deductivo. En este trabajo, se hará referencia a las normas implícitas por sus métodos de producción, que se observan son dos: a) los métodos lógico deductivos, y b) los métodos argumentativos de tipo no lógico deductivos. Representantes de la primera postura son, Alchourrón y Bulygin.

Ambos autores remiten a los conceptos de normas formuladas y normas derivadas, las primeras son las soberanas y válidas debido a que han sido expresamente formuladas, en cambio, las segundas tienen un carácter deductivo; mientras que las primeras actúan como axiomas, las segundas como teoremas. Existen porque cuando alguien afirma una proposición normativa, afirma también todas aquellas proposiciones que están lógicamente implicadas en ella. Es decir, que si existe una proposición normativa que afirme “*p*, entonces *q*” y se presenta “*p*”, entonces también se debe presentar “*q*”. De aquí surge la distinción entre normas formuladas y normas derivadas.¹³² Se les llama normas implícitas en sentido estricto. Estas normas implícitas se presentan como una derivación lógica de las primeras, y se relacionan con la noción de orden

¹³² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Carlos, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, 3ª ed., México, Fontamara, 2011, pp. 43-46 y 65.

implícita y de aserción implícita.¹³³ Se trata de una derivación mediante una pura operación lógica cognitiva.

Para Guastini, el tema de las normas implícitas se refiere a la producción de normas por medio de otras normas. Distingue entre normas explícitas, las creadas expresamente por una autoridad normativa, y las implícitas. Estas últimas no se refieren a texto normativo alguno del cual pueda derivarse su significado, sino que se extrae mediante un razonamiento, entendido como una secuencia de premisas o argumentos que serían las normas explícitas, una conclusión, que es la norma implícita, no obstante, para él, esto se puede hacer por medios no lógico deductivos.¹³⁴ Francisco Laporta, por su parte, admite que estas normas se infieren de otras, aunque no limita la inferencia a un sentido técnico, sino como un conjunto de modos de raciocino y argumentación que sustenten en razones plausibles el enunciado jurídico hallado.¹³⁵

En el segundo caso, el método para derivar las normas se trata del uso de criterios argumentativos no deductivos, sino lingüísticos, jurídicos, o cualquier otros, que sirven para argumentar la validez de la conclusión que da lugar a la nueva norma, siempre que sean plausibles. Estos argumentos pueden identificarse a través de los llamados criterios interpretativos.¹³⁶

En ese sentido, la individualización de una norma, entendida como el significado de una disposición, necesita de una serie de reglas que permiten extraer significado de ellas, que bien pueden ser reglas del

¹³³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Carlos, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 129-130; y hace una defensa de estas normas en "Lógica y normas", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Núm. 1, octubre de 1994, pp. 28-36.

¹³⁴ Riccardo Guastini precisa tres tipos de normas implícitas, pero al final quedan reducidas a dos, las del sentido estricto o lógico y las que son frutos de una "actividad nomopoiética". Véase *Interpretar y Argumentar...*, *cit.*, pp. 165-168, y 171.

¹³⁵ Laporta, Francisco J., "La creación judicial y el concepto...", *cit.*, p. 139.

¹³⁶ Una introducción a la decisión judicial y los métodos interpretativos se encuentra en Ezquiaga Ganuzas, F. Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, y en Douglas Price, José Eduardo, *La decisión judicial*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 289, y ss.

lenguaje natural, como las de la semántica, o reglas del propio ordenamiento, que autoriza y reconduce a métodos extra jurídicos. Por ejemplo, en el segundo caso, piénsese en el artículo 14 constitucional, que prohíbe métodos interpretativos en el derecho penal y autoriza otros en el civil, los cuales desde luego son metajurídicos, porque no han sido creados por la ley y su técnica tampoco se explica en la misma, sino que derivan de saberes desarrollados a lo largo del tiempo por los mismos intérpretes.¹³⁷ En analogía, la mayoría de razones, o de los principios generales del derecho, no están explicados en la Constitución, aunque referenciados en ella, son métodos independientes.

Se necesita de una serie de criterios interpretativos que sirvan para concretizar estas normas implícitas, que en ciertos casos derivan de normas muy generales. La formulación amplia y genérica de un derecho en un texto constitucional complica que el mismo abarque todas sus posibles hipótesis de aplicación, pues estas son indeterminadas y varían de acuerdo a las circunstancias que las originan. El derecho general de la libertad de expresión tiene matices diferentes según sus campos de aplicación, por ejemplo, tratándose de la actividad periodística, de los ámbitos político electorales, o de la vida privada, porque en ellos se encuentran otros derechos como pueden ser el derecho de la sociedad a estar informado, el derecho a la veracidad, o el derecho a la vida privada; y para protegerlos se necesita de otro tipo de normas que no pueden derivarse deductivamente de las existentes, sino que requiere de recursos argumentativos diferentes.

El jurista argentino Carlos Ernst ha desarrollado, por su parte, un estudio particular de los derechos implícitos, dividiendo también entre los métodos lógicos y los no lógicos, que después lo llevan a concluir tres tipos de normas implícitas, que serían: 1. Normas lógicamente implícitas; a) por los términos lógicos y b) por los términos no lógicos, 2. Normas

¹³⁷ Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación...*, cit., pp. 37-40; y Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley...*, cit., caps. 7 y 8.

conceptualmente implícitas, y 3. Normas causalmente implícitas. El caso 2 se trata de normas que tienen un concepto jurídico dogmático o técnico cuyo significado no está en la misma, pero es parte de la norma y por tanto adquiere ese rango, mientras que el tercer caso se refiere a asuntos donde una norma requiere una condición para que suceda, por tanto, se estima que tal condición es también una norma implícita.¹³⁸ No obstante, estos últimos dos casos, se considera aquí, pueden quedar incluidas en el caso 1.

Por su parte, Francisco Ezquiaga Ganuzas tilda de comúnmente aceptada la afirmación de que el sistema jurídico está compuesto de dos tipos de normas; las expresas y las implícitas. Las primeras son el significado de una disposición normativa, en tanto que las segundas pueden usarse en al menos tres sentidos: a) como normas derivadas de normas expresas, en el sentido de ser su consecuencia lógica (se siguen de las expresas); b) como derivadas de una combinación de disposiciones o partes de ellas, serían normas inexpresas (no tienen expresión en una disposición); y c) normas implícitas en sentido estricto, como aquellas proporcionadas por diversos instrumentos para la solución de lagunas, se generan a partir de métodos como la analogía o la mayoría de razón. Las primeras no serían creación del derecho, sino pura derivación (o deducción), y son exigencia racional para el cumplimiento de las primeras. Los casos b y c serían creación, pues generan un contenido diferente, totalmente nuevo; las inexpresas no corresponden a una disposición sino a varias; mientras que las normas implícitas, en sentido estricto, son creación del intérprete que sirven para solucionar lagunas jurídicas, por tanto, se producen normas nuevas antes no previstas. En

¹³⁸ Ernst, Carlos, *Los derechos implícitos*, Argentina, Marcos Lerner Editora, 1994, capítulo XIII.

el caso inicial, las primeras se presentan como atribuidas al legislador, las segundas como creación interpretativa.¹³⁹

Guastini afirma que no es infrecuente que ahí donde existe una Constitución escrita, muchas normas consideradas “materialmente constitucionales” no estén escritas, quedando implícitas, en estado latente.¹⁴⁰ Es decir, cabe la posibilidad de existencia de estas normas aun tratándose de la norma fundante.

En suma, se pueden definir las normas implícitas como aquellas que se hacen derivar de normas explícitas. Se debe reconocer la importancia de éstas, pues en muchos casos los derechos están basados en normas implícitas, por eso es sustancial distinguir sus condiciones de existencia. Las normas implícitas, para el caso de esta tesis, suponen contar con una norma existente que se refiera a derechos humanos de manera explícita, y que pueda servir de fundamento para derivar otra norma que también procure la protección universal de las personas.

De acuerdo a lo expuesto y según su método de producción, es posible afirmar dos tipos de normas implícitas: a) Las derivadas por métodos lógico deductivos: Puede suceder que se solicite la protección de un derecho humano que no encuentra asilo en una disposición constitucional, es decir, no hay texto que la prevea, pero se reconoce como una implicación lógica de alguna otra norma de derechos humanos que sí está expresada por al menos una disposición. b) Las derivadas por argumentos no lógicos deductivos: Puede suceder que se solicite el reconocimiento de un derecho humano no expreso en alguna disposición constitucional y el juez lo reconozca como implícito procediendo de cualquiera de estas dos maneras; i) lo reconoce mediante la conjunción

¹³⁹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Función legislativa y Función Judicial”, en Báez Silva, Carlos *et al.* (coord.) *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, México, Porrúa, 2009, pp. 57-60.

¹⁴⁰ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 1, julio-diciembre 1999, p. 161.

del contenido de varias disposiciones jurídicas, las cuales relaciona mediante una estructura argumentativa plausible, y de ellas extrae una norma, o ii) su reconocimiento se construye mediante la interpretación de otros elementos no contenidos en las disposiciones jurídicas, pero relacionadas con ellas, como pueden ser los principios, los valores, la historia, la semántica, los fines, la voluntad del legislador, los procesos legislativos, el sistema, o cualquier otro argumento plausible.

En el primer caso, prima como método la deducción lógica; en el segundo, los llamados criterios interpretativos, que sirven para argumentar el sentido de una disposición o su contenido normativo. Lo que sigue en la exposición de este capítulo es tratar de mostrar las operaciones interpretativas que constituyen el camino de estos métodos.

2.4. Las operaciones interpretativas

El tema de las normas implícitas se vincula a la interpretación de manera natural. Las normas implícitas, a saber, normas carentes de disposición específica, sólo pueden gestarse a través de un sujeto y una actividad concretamente determinadas; el sujeto es el juez constitucional y su actividad la interpretación. En este apartado se refiere la posibilidad de construir, a partir de las normas explícitas de derechos humanos (expresamente formuladas), normas de derechos humanos implícitas.

Carla Huerta opina que la Constitución, en virtud de su rango y función, permanece indeterminada y regula sólo de manera general la forma en que debe ser aplicada dejando un cierto espacio de discrecionalidad para el intérprete, puesto que el marco abierto de los enunciados normativos debe ser concretado a través del acto

interpretativo. Este acto no está regulado por la Constitución, antes bien, sólo se dan ciertas reglas orientadoras.¹⁴¹

En materia constitucional, las normas fundamentales mexicanas no prevén controles que tasen los criterios de la actividad interpretativa para el caso de los derechos humanos, o un catálogo que dé preferencia a métodos, como sí es posible encontrar, por ejemplo, en el Código Civil Federal para interpretar los contratos, o en la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales, donde se señalan los criterios que priman en la interpretación de la misma.¹⁴² Si bien es cierto el artículo 14 constitucional prevé criterios de interpretación, estos específicamente están orientados a las materias civil y penal, y no concretamente para los derechos humanos. En esta tesis, se considera que aquello se debe a que la trascendencia de la actividad judicial no puede quedar reducida a un repertorio exacto, sino que debe darse libertad al juez para interpretar y justificar sus interpretaciones, recurriendo a criterios de interpretación que se sustentan en saberes desarrollados por la ciencia jurídica, pero no por la ley positiva, como son los criterios gramatical, histórico, sistemático, funcional, entre otros.

Si bien éste es el caso del Derecho Constitucional Mexicano, no obstante, particularmente, en la interpretación de derechos humanos no se han explicitado, numerado, jerarquizado o limitado los métodos de interpretación. Aunque es cierto que en el artículo 1° constitucional se señala la interpretación conforme y acorde al principio pro persona, estos criterios no actúan por sí mismos como métodos de significación, sino de

¹⁴¹ Huerta Ochoa, Carla, “Interpretación Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. VI, pp. 321.

¹⁴² En referencia a los artículos 1851 a 1857 del Código Civil Federal y al artículo 5. 2. de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales, este último es del tenor siguiente: “2. *La interpretación de esta Ley se hará conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución.*”

elección, son sólo criterios de preferencia interpretativa,¹⁴³ y no interpretativos *per se*. Dicen qué interpretación ha de elegirse, pero su aplicación surge cuando el juez está frente a varias interpretaciones obtenidas por otros criterios de interpretación. Se necesitan de otros métodos más elementales (como el gramatical, el sistemático, el funcional, el teleológico, etcétera) para producir las interpretaciones que habrán de elegirse. Es decir, el juez tendrá una libertad de uso en los métodos interpretativos siempre y cuando se ajusten a una interpretación conforme y *pro persona*.

Al respecto, Kelsen también señala que no existe un método único de interpretación mediante el cual se pueda derivar una sola interpretación recta,¹⁴⁴ y Siches hace notar que el juez no está ligado a ningún método especial de interpretación ni puede preferir unos métodos específicos sobre otros, lo que debe hacer es usar el método que lo lleve en cada caso a la solución más justa sin debilitar el orden positivo.¹⁴⁵

Los procedimientos de interpretación llegan a ser diversos, pueden incluir desde métodos de análisis del lenguaje como los semánticos o gramaticales, u otros como los lógicos, históricos, teleológicos, o cualquiera que resulte plausible. Pero, es un requisito que la interpretación del juez además de metódica sea plausible, pues los razonamientos en los que se basan, deben solucionar cabalmente el problema que se presenta. Lo importante es que esta pluralidad de métodos puede sostener una interpretación constitucional, como una operación racional admisible en el sistema jurídico.

En este trabajo, antes que hacer una exposición de los diversos criterios o métodos de interpretación constitucional y sobre todo de

¹⁴³ Algunos doctrinarios llaman este tipo de criterios “garantía de interpretación” porque están puestas para favorecer el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Peces-Barba, Gregorio, *Curso...cit.*, p. 510., y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge T. Tejerina, México, Época, 2008, p. 106.

¹⁴⁵ Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 21ª ed., México, Porrúa, 2013, pp. 629-631.

derechos humanos, se quiere distinguir la interpretación como una operación racional, en su conjunto (en donde se puede usar uno, o varios métodos), que destaca por su resultado que es una ampliación, extensión o evolución del texto constitucional. Es así que, si un juez en una sentencia reconoce un derecho humano, antes que analizar el método, o métodos, se debe preferir la operación en su conjunto, que sería el estudio de la totalidad, incluyendo el resultado. Las operaciones interpretativas que se cree auxilian en el reconocimiento de estos derechos son:

a) La interpretación correctora

Para Guastini, hay dos tipos fundamentales de interpretación: la interpretación que suele llamarse “literal” o “declarativa” y la interpretación “correctora”. Es declarativa aquella que se abstiene de corregir el significado del texto normativo interpretado, que atribuye a un texto normativo su significado intrínseco sin alterarlo en modo alguno (se ajusta al significado que en el lenguaje ordinario se atribuye a las palabras del legislador). La interpretación correctora, al contrario, es aquella que precisamente lo corrige. Ambas son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas.¹⁴⁶

Siguiendo a Guastini, se dan sólo dos tipos de interpretación correctora: la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva. Se llama extensiva a aquella interpretación que desarrolla el significado de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él. Como restrictiva se conoce a la interpretación que restringe o circunscribe el significado de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, estarían dentro de él. Interesa aquí la interpretación correctora, como una

¹⁴⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica...*, cit., pp. 25.

herramienta que permite ampliar el contenido de derechos, y el restrictivo de limitaciones. El jurista italiano señala, además, otras técnicas de interpretación correctora que son: ¹⁴⁷

- a) La interpretación sistemática. Aquella que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el “sistema” del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una cierta institución.
- b) La interpretación adecuadora. Son de dos tipos. En primer lugar, se hace interpretación adecuadora siempre que se adapta el significado de una disposición al significado de otras disposiciones de rango superior. En segundo lugar, se hace interpretación adecuadora siempre que se adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho.
- c) La interpretación “histórica”. Es la que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada.
- d) La interpretación originalista. Es aquella que atribuye a un texto normativo su significado originario. Con los siguientes matices: a) Una versión lingüística atribuye el significado que el texto denota en su origen b) Una versión intencionalista, atribuye el sentido originariamente querido por la autoridad normativa.¹⁴⁸

En esto último coincide Peces-Barba al distinguir que en la actividad interpretativa hay una importante presencia de valoraciones del interprete que tiene que elegir entre posibles significados. En función de ello, suele diferenciarse entre interpretación declarativa, restrictiva y extensiva. La primera sería aquella que atribuye el significado exacto de

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 31-51.

¹⁴⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., p. 113.

las palabras que componen las norma; la segunda, la que aparta algunos de estos significados amparándose en el supuesto espíritu de la norma; mientras que la tercera, añade significados con la misma justificación anterior.¹⁴⁹

De modo que, en este caso, la actividad interpretativa se distingue por su resultado, que añade significados a la normas, por cualquiera de los métodos arriba explicados. La utilidad de esta operación, es justamente la ampliación ya sea de los contenidos de los derechos humanos o de su titularidad.

b) Interpretación creativa

Los enunciados jurídicos por sí mismos pueden resultar incompletos, por eso, están abiertos a la interpretación autorizada por órganos públicos dotados de una potestad para conferirles contenidos nuevos a tales enunciados. Es así, que debido a que los textos jurídicos, sobre todo las Constituciones, son demasiado abstractos hay que dotarlos de sentido, acudiendo al llamado lenguaje natural, a la semántica, a la gramática, a la lógica, a la ciencia, a la técnica, a la doctrina o a la misma jurisprudencia, en los cuales cabe la creatividad judicial sin duda alguna.

Aún en las concepciones más formalistas como las de la teoría pura, Kelsen llegó a afirmar que la actividad del juez es creativa en tanto aporta algo que no estaba contenido en la regla general, pues existen determinaciones que no están albergadas en ellas. El jurista austriaco afirmaba la posición del juez como la de un legislador, que siempre añadirá algo nuevo en la concretización de la norma general a la individual.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 229-232.

¹⁵⁰ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª ed., trad. Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 172-174.

Guastini explica que con el vocablo “interpretación” se hace referencia, en algunas ocasiones, a un acto de conocimiento; en otras, a un acto de decisión, y en unas más, a un acto de creación normativa, que respectivamente pueden ser explicadas: a) como interpretación cognitiva, que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo b) Como interpretación decisoria, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados por medio de la interpretación cognitiva; y c) Como interpretación creativa, que consiste en atribuir a un texto un significado nuevo, no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva, y/o en recabar del texto de las normas, llamadas “implícitas”, a través de medios pseudo-lógicos. La interpretación cognitiva es una operación puramente científica, que carece de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones “políticas”.¹⁵¹

De acuerdo con el jurista argentino Néstor Pedro Sagües, en la interpretación de la Constitución puede haber dos visiones: a) la de la constitución estatua, que la visualiza como un cuerpo rígido, con la idea de la constitución-testamento y donde el intérprete de ésta pasa a ser un albacea. La constitución será un documento escrito cuyo significado no cambia, lo mismo que significó cuando fue adoptada significa ahora; y b) La constitución viviente. La constitución se transforma y recrea constantemente, nutriéndose de conductas y de creencias comunitarias, en valores e ideologías que modifican continua y permanentemente sus contenidos, aun cuan sea diferente a lo que pensó el constituyente. Habrá arqueólogos y artífices de la Constitución. Así, mientras la doctrina de constitución-estatua, o testamento, impone al interprete un trabajo casi de “arqueológica jurídica”, en cuanto que debe hallar el verdadero sentido de la Constitución. La doctrina de la constitución viviente le

¹⁵¹ Guastini, Riccardo, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional...*, cit., pp. 35-36.

asigna al intérprete un trabajo de construcción jurídica, deberá diseñar una interpretación en función del problema a decidir; será, pues, un artífice. El juez constitucional tendrá que ejercer un papel creativo o innovador, porque le toca esclarecer, desenvolver, compatibilizar, integrar y hasta adaptar la Constitución. Por lo siguiente: ¹⁵²

1. Si una norma constitucional presenta dudas, cada una de esas variables interpretativas es de hecho una norma distinta. Cuando el juez constitucional escoge de entre esas posibles interpretaciones la que entiende mejor, lo que hace es un acto creativo de opción constituyente, puesto que decide cuál es la interpretación válida y desecha las demás.
2. Si la disposición constitucional es clara, o relativamente clara, el juez constitucional tendrá de todos modos que desplegarla en los casos a decidir, captando situaciones fácticas no imaginadas por el constituyente histórico. Ello implica una labor de desarrollo constitucional, en donde el juez fija la extensión, los límites y la profundidad del precepto de la Constitución. Ese papel de desenvolvimiento constitucional es particularmente significativo con motivo de las “cláusulas progresivas” o “abiertas” que tiene la Constitución, como la de los derechos no enumerados o implícitos.
3. Cuando la Constitución padece de redundancias o de contradicciones, normativas o ideológicas, el juez constitucional tendrá primero que intentar compatibilizar tales incoherencias; de no poder hacerlo, deberá optar por la primacía de un ramo de la Constitución sobre el otro. Esto es una opción de naturaleza materialmente constituyente.
4. En el caso de las lagunas constitucionales, el rol creativo del juez constitucional se acentúa, pues tendrá que elaborar la norma

¹⁵² Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Argentina, LexisNexis, 2006, pp. 24-31

faltante mediante el procedimiento de “integración”, hipótesis en que actúa como una especie de constituyente suplente.

5. Paralelamente, el juez constitucional tendrá que concretar ejercicios de adaptación de la Constitución respecto a los nuevos contextos de vida.

Las normas constitucionales, sobre todo las que se refieren a derechos fundamentales, tienen una gran indeterminación, que provoca ciertos fenómenos en su aplicación. La textura abierta de estas normas plantea problemas incluso respecto a cuál es su contenido mínimo.¹⁵³ Por ejemplo, cuál es el contenido esencial del derecho humano a un ambiente sano, y cuáles son las prerrogativas que comprende, o quiénes son sus titulares.¹⁵⁴

Como otro ejemplo, está el derecho al acceso a la justicia para las personas con discapacidad. En último caso, la Corte dio tres dimensiones para el acceso a este derecho en condiciones de igualdad; una jurídica, una física, y una comunicacional. En la jurídica, el acceso a la justicia exige que todas las personas con discapacidad tengan un acceso efectivo a los procedimientos judiciales por sí mismas, ya sea como partícipes directos o indirectos, lo que está estrechamente vinculado con el reconocimiento de su capacidad jurídica. En su dimensión física, requiere que puedan acceder en igualdad a las instalaciones en las que se llevan a cabo los procedimientos jurisdiccionales. Finalmente, en su dimensión comunicacional, exige garantizar que toda la información relevante que se les proporciona esté disponible en formatos que puedan comprender fácilmente, como lenguaje de señas, el sistema de escritura braille,

¹⁵³ Véase Herrera García, Alfonso, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, México, Porrúa, 2016, pp. 322-326.

¹⁵⁴ La Suprema Corte ha tenido que pronunciarse respecto al núcleo esencial de este derecho en el Amparo en revisión 307/2016, que dio origen a la tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 309, del rubro: “DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU NÚCLEO ESENCIAL.”

herramientas digitales, etcétera.¹⁵⁵ De modo que, las normas constitucionales que prevén derechos, en ocasiones tienen una textura tan abierta, que se incurre en la indeterminación, entonces, el juez constitucional debe concretizarlos de manera creativa; al hacerlo, da lugar a nuevos contenidos de esos derechos originalmente planteados.

Estas reflexiones permiten asegurar que, hoy en día, el juez constitucional debe realizar una labor de interpretación creativa, a fin de salvaguardar la supremacía y vigencia constitucional, sobre todo, al tratar derechos humanos, que desde luego hoy son normas constitucionales. Esto no significa una libertad arbitraria, sino más bien descubridora por parte del juez interprete, quien se debe concentrar en deducir la posibilidad de proteger nuevas exigencias sociales como derechos, a partir de los diferentes elementos que se concentran en la Constitución, es hacer explícito lo implícito.

Como puede apreciarse, para algunos aspectos, la interpretación constitucional es creativa puesto que debe resolver problemas de tipo límite donde no hay normas, desde luego que esta creación no es *ex nihilo*, sino que parte de las disposiciones normativas, así como de una visión completa de todos los elementos que integran el ordenamiento jurídico.

c) Interpretación integradora

En ocasiones, se suele distinguir entre interpretación e integración. Se llama integración cuando se está ante un orden normativo lagunoso donde hay que colmar o cubrir la carencia de norma, elaborando para el caso una norma individual que le preste solución. Si para el caso concreto

¹⁵⁵ Amparo directo en revisión 3788/2017 resuelto por la Primera Sala, de donde surgió la Tesis 1a. CCXVI/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 309, del rubro: “DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ESTADO DEBE GARANTIZARLO EN SUS DIMENSIONES JURÍDICA, FÍSICA Y COMUNICACIONAL.”

hay norma, se habla entonces sólo de interpretación de los preceptos normativos. La integración, pues, parte del presupuesto de que el caso que debe ser resuelto carece de una norma que lo enfoque; cuando se tiene que resolver un caso para el cual no hay previsión normativa, a diferencia de la interpretación, que parte del presupuesto de que hay una norma en la que debe explicarse su sentido.¹⁵⁶

Por su parte, Bobbio señala que un ordenamiento jurídico si no es completo, es completable, por dos vías: la autointegración y la heterointegración. El primer método completa el ordenamiento a través de sí mismo en el ámbito de la fuente dominante. El segundo se lleva por dos vías; recurriendo a ordenamientos diversos y acudiendo a fuentes distintas a la dominante (que es la ley), para adoptar una de tres: la costumbre, el derecho judicial, o las opiniones de juristas destacados.¹⁵⁷ Se acentúa, aquí, el derecho judicial en el que el recurso para dar plenitud al ordenamiento es el poder creativo del juez.

La heterointegración del cuerpo jurídico se trata de una intervención *ex post* respecto a la primera emisión de esos enunciados, modifica el derecho existente al decidir sobre cuestiones no resueltas, e integra y amplía el derecho existente con normas que antes le eran ajenas. Para Ramón Capella, la heterointegración, en el sentido de añadir normas al derecho existente por la vía jurisdiccional, es una actividad que los derechos modernos imponen a la autoridad encargada de dirimir los conflictos.¹⁵⁸

La presencia de lagunas constitucionales provoca la necesidad de su integración, a fin de dar una respuesta jurídica al problema derivado del vacío constitucional. Ello estimula la tarea de elaborar una norma

¹⁵⁶ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 403-405; y Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 93-97.

¹⁵⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho...*, *cit.*, pp. 237-238.

¹⁵⁸ Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 115-116.

para atender la laguna en cuestión. En síntesis, si realmente hay laguna, ésta debe colmarse de alguna forma, no siendo admisible sostener que hay situaciones donde el vacío no puede llenarse, dado que esto implicaría dejar sin solución la incógnita normativa existente.¹⁵⁹

De acuerdo con Guastini, una laguna no abre un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Para colmar una laguna hay que “integrar” o completar el sistema jurídico, con lo que se produce una norma nueva.¹⁶⁰ En este punto, en razón de la hipótesis planteada, se difiere con el autor y se opta por apegarse a la postura de Bidart Campos, quien señala que incluso si se admite una diferencia entre interpretación e integración, al integrar la nueva norma hay que hacer una interpretación armónica en sintonía con todos los postulados constitucionales, por lo que se debe hablar mejor de una “interpretación integradora”.

En ese sentido, Bidart Campos afirma que en materia de derechos humanos habrá interpretación cuando se sabe que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que habrá integración cuando fuera de las normas hay derechos que carecen de normas. En la visión del maestro argentino, es posible afirmar que cuando faltan normas sobre derechos, pero se valore que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester interpretar el sistema completo de derechos, en el que algunos constan de normas y otros carecen de ellas.¹⁶¹ Une así dos mecanismos como la integración y la interpretación, que en principio parecen diferir y distanciarse, pero que entablan una conexión para la elaboración integradora de la norma sustitutiva que dé solución a un problema sin que se afecte a la Constitución en su contexto unitario y

¹⁵⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., pp. 119-125.

¹⁶⁰ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica...*, cit., pp. 83-85.

¹⁶¹ Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos...*, cit., p. 58; y *Teoría general de los derechos humanos...*, cit., pp. 403-405.

coherente, sino que concuerde y concilie, para lo cual será necesario interpretar la norma suprema.

El mismo autor explica que dentro de la normativa constitucional se alojan y expresan principios y valores. A saber, toda Constitución tiene una filosofía, una idea de derecho, una ideología, lo diga o lo silencie, en su orden normológico formulado por escrito, hay normas, principios y valores.¹⁶² Esta tesis la llama la completitud del sistema de derechos humanos, por la cual afirma que en el espacio en el que existen normas constitucionales confluyen principios, valores, fines y razones históricas y filosóficas que son inherentes al ordenamiento constitucional y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella zona donde hay derechos que carecen de normas.

De nueva cuenta, habrá que recurrir a la tesis de los derechos implícitos que permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal para ser derecho humano o fundamental. En ese sentido la solución es la interpretación integradora de la Constitución, que implica que el juez preste atención a los derechos explícitos, los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.¹⁶³

d) La interpretación teleológica

Las críticas al paradigma del juez decimonónico como autómatas aplicadores fieles sirvientes de la ley generaron respuestas que concibieron modelos alternativos de interpretación. Heck Philipp criticó el esquema donde la tarea del juez era pura actividad gnoseológica. El juez tenía que limitarse a subsumir el caso bajo el concepto jurídico, y se le negaba toda actividad

¹⁶² Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos...*, cit., pp. 405-407.

¹⁶³ Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos...*, cit., pp. 58-61.

creadora de derecho. Frente a este método, surgió la tendencia que subraya la conexión del derecho con los intereses de la vida, colocando en primer término el elemento teleológico. La consecuencia fundamental de esta tendencia es que el juez completa, según criterios teleológicos, las lagunas del derecho, esto es, que su misión no consiste exclusivamente en subsumir normas jurídicas, sino también en crear subsidiariamente a éstas. Esa es la interpretación teleológica por la que se estima que la ley no contiene sólo delegaciones al juez, sino también numerosas lagunas involuntarias en las que tiene que complementarse la norma deficiente según puntos de vista prácticos, es decir, teleológicos, creando en esa medida la norma jurídica misma.¹⁶⁴

La reflexión de Heck Philipp detecta tres formas principales de procedimiento para elegir soluciones a un caso: 1) la libre estimación, 2) la subsunción y 3) la complementación coherente y dependiente del precepto. Asimismo, precisa respecto a cada una de ellas que 1) La complementación de las lagunas de la ley mediante la libre estimación del juez, a través de la creación plenamente libre de norma jurídica, no ofrece garantías de uniformidad de las decisiones de los jueces. 2) La subsunción consiste en que el juez niegue toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado, pero numerosos intereses dignos de protección pueden quedar sin ninguna. 3) La tercera forma, permite completar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen, vinculándose por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses vitales que están en el fondo de la norma. En este camino puede posibilitarse un tratamiento adecuado de los casos sin poner en peligro la seguridad jurídica. El efecto de las valoraciones teleológicas en la complementación de lagunas asegura, hasta cierto punto, da uniformidad.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Heck, Philipp. *El Problema de la Creación del Derecho*, México, Colofón, 1994, pp. 31-32 y 59-62

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 34-43.

e) Interpretación evolutiva y dinámica.

La interpretación evolutiva busca adecuar el texto normativo supremo a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, permitiendo la larga pervivencia de algunos textos constitucionales, como el de Estados Unidos. Con ella, se adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado “histórico”, o de su sentido “actual”. Por eso es “evolutiva”, porque en la interpretación se atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del usual o consolidado.¹⁶⁶ Al respecto, Bidart Campos señala la interpretación dinámica como asumir los cambios y transformaciones que acaecen durante el transcurso del tiempo, pues la Constitución ostenta la tendencia a sobrevivir y a adaptarse a las contingencias del devenir histórico y en ocasiones ella misma habilita su propia interpretación dinámica, porque de lo contrario quedaría inmovilizada y carecería de aptitud para mantenerse con eficacia y funcionalidad.¹⁶⁷

f) Interpretación valorativa

De entre las varias distinciones que se han hecho sobre los tipos de interpretación destacan dos. La de la interpretación como actividad de averiguación o conocimiento del sentido de una expresión determinada, y la de la decisión del significado de esa expresión. Serían, pues, la interpretación-conocimiento, y la interpretación-decisión. En el primer caso, sólo se busca conocer el significado de la norma. En el segundo, hay una actividad valorativa, debido a que el intérprete tiene frente a sí varias alternativas como opciones de significado, debiendo elegir uno de estos, aunque puede incluso suceder que, en su lugar, decida crear y elegir una

¹⁶⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre...*, cit., pp. 49-51; *Interpretar y Argumentar...*, cit, p. 113.

¹⁶⁷ Bidart Campos, Germán J, *Teoría general de los derechos humanos...*, cit., pp. 412-418.

nueva interpretación. Esto da lugar a tres tipos de interpretación. De reconocimiento del significado, de decisión de un significado, o de decisión de creación de un significado.¹⁶⁸ Aquí, la interpretación aparece netamente como la elección de significados de las normas existentes.

El reconocimiento judicial de un derecho humano necesariamente debe de implicar una interpretación decisiva y valorativa de los contenidos de derechos humanos, porque implica que el juez debe decidir si un enunciado jurídico contiene una norma que proteja un derecho, o debe elegir los enunciados que le sirva para reconocerlos.

Hay otro significado para esta interpretación. Bidart Campos, por ejemplo, apunta la interpretación valorativa de otra forma; se basa en la relación entre los derechos y los valores o el sistema de valores, que terminan por definir la interpretación constitucional como una interpretación valorativa. La interpretación valorativa utiliza los valores que han sido objeto de recepción en la normativa de la Constitución, y que están objetivados en ella.¹⁶⁹

Ante el vasto arsenal de métodos interpretativos, de los cuales aquí sólo se han anunciado algunos *grosso modo*, puede verse cómo los jueces constitucionales, al interpretar normas constitucionales de derechos humanos, pueden asumir una posición de defensa y de protección de ellos, siempre a su favor y de su mayor efectividad.

2.5 El uso de los principios y valores en la interpretación

La doctrina, en general, acepta que las Constituciones ofrecen una serie de principios, que pueden fungir, por su naturaleza, para gestar una norma concreta para un caso específico. A partir de ello, considérase aquí que donde se discuta la protección de una exigencia justificada como

¹⁶⁸ Guastini, Ricardo, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 203-206.

¹⁶⁹ Bidart Campos, Germán J, *Teoría general de los derechos humanos...*, cit., pp. 401-403.

nuevo derecho, el juez está posibilitado a apelar ya sea a otros derechos humanos, o bien a principios y valores superiores para solucionar el caso. La construcción de esta solución se basa en la concreción de un principio para el caso particular. Jorge Carpizo, respecto a esta posibilidad, expresó: *“Puedo decir que se considera que la Constitución se integra con una serie de valores y principios de los cuales es posible extraer principios y normas implícitas, por tanto no expresas, que son importantes para normar diversos aspectos jurídicos, políticos y sociales (...) los tribunales constitucionales trabajan con principios y conceptos constitucionales indeterminados de valor y, a veces, dichos principios y conceptos no son explícitos, pero son susceptibles de ser extraídos de otros que sí lo son.* ¹⁷⁰

Guastini, a su vez, reconoce que los principios pueden operar como instrumentos de “integración” del derecho en presencia de lagunas. Los principios no son de por sí idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas, aunque sí se pueden usar para resolverlas, con la condición de que se establezca una regla implícita idónea para colmar la laguna y regular el supuesto de hecho para el que se busca regulación. La construcción de esta regla constituye una concreción del principio. Un principio puede construir la premisa de un razonamiento cuya conclusión ha de ser una regla implícita, elaborada y formulada por el intérprete. En ese mismo sentido, el autor afirma que muchas constituciones contemporáneas están llenas de “disposiciones principio” en cuya formulación se usan expresiones que evocan valores morales, como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz y otros.¹⁷¹

Pero, como ya se dijo, para Guastini, los principios no son idóneos por sí solos, para ofrecer la solución específica de controversias necesitan “concretización”. La construcción de una norma específica constituye,

¹⁷⁰ Carpizo, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año XLII, número 125, mayo-agosto, 2009, pp. 754-755.

¹⁷¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., pp. 201-205 y 207.

precisamente, la “concretización” del principio. No hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo y, por tanto, constructivo, sin la adición de la discrecionalidad. Según el jurista italiano, los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones que no son principios, alejando a los jueces de la interpretación literal, propiciando una interpretación adecuada. Aplicar un principio significa precisamente concretarlo. Concretar un principio quiere decir usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una nueva regla, hasta ese momento no formulada, que constituye su especificación. En particular, subraya la existencia en la Constitución de algunos principios llamados “principios supremos del ordenamiento constitucional”, que tienen un “valor superior” respecto a las restantes normas de rango constitucional.¹⁷²

A decir de Prieto Sanchís, bajo los denominados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas. Los principios generales del Derecho, constituyen, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa. La igualdad compone un ejemplo de esto. El principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentar racionalmente a la hora de conectar determinada situación fáctica a una cierta consecuencia jurídica; o sea, las igualdades y desigualdades de hecho son el punto de partida para construir, por vía interpretativa, igualdades y desigualdades normativas. Esto porque el enunciado literal de la igualdad tan solo proporciona una mínima orientación que ha de complementarse por el razonamiento jurídico.¹⁷³

Para Prieto Sanchís, “la apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal con el fin de que sea el

¹⁷² Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, 4ª ed., trad. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2013, pp. 130-131 y 141-145.

¹⁷³ Prieto Sanchís, Luis, *Neonconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, México, Ubijus, 2014, pp. 84-85 y 88-89.

juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento. En ocasiones, la norma constitucional no contempla ningún supuesto de hecho para su aplicación, lo que significa que en la práctica es el juez quien decide, mediante un ejercicio de razonabilidad, (y discrecionalidad), cuándo procede dicha aplicación. Éste es el caso del citado principio de igualdad, donde el juez ha de poner mucho de su parte a la hora de establecer si cierta peculiaridad de hecho se hace o no acreedora a un determinado tratamiento normativo.¹⁷⁴

Manuel Atienza, por su parte, señala que se puede distinguir los principios por un enfoque estructural, consistente en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma, se entiende a las normas jurídicas como correlaciones entre casos genéricos y soluciones. Los principios vistos así son los que configuran el caso de forma abierta, por lo que no puede formularse una lista cerrada de las propiedades del caso, las condiciones de éste no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. En tal indeterminación, destaca el ejemplo de prohibición de discriminación, esta tiene una configuración abierta de las condiciones de aplicación. La caracterización de la conducta prohibida se lleva a cabo aludiendo a la acción: discriminar, pero este postulado, por su vaguedad, puede extenderse a una serie de casos casi indeterminados en una gran cantidad de circunstancias, modos, tiempo y espacio.¹⁷⁵

Norberto Bobbio se refiere a los principios generales del Derecho como un procedimiento de autointegración. En su opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales, pero generalísimas del sistema, las normas más generales, de hecho. Los principios sirven para regular un comportamiento no regulado. Reconoce además que muchas normas de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, verdaderos principios generales expresos.¹⁷⁶ Para esta tesis, se hace

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 97-104.

¹⁷⁵ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3ª ed., España, Ariel, 2005, pp. 28-34.

¹⁷⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho...*, *cit.*, pp. 243-246.

extensiva esta consideración al hablar de derechos humanos, pues su indeterminación les da el carácter de principios generales que pueden servir para la autointegración del ordenamiento jurídico.

Silva Meza, y Silva García, en tanto, hacen notar la singularidad de la interpretación de las normas constitucionales debido a la interminación de sus contenidos, que se hace más visible tratándose de derechos fundamentales, en los cuales hay una cierta apertura y una realidad dinámica. Por tanto, la aplicación de normas de tal tipo hace necesaria la intervención de un operador que defina su alcance, donde son importantes el contexto político, económico, social, histórico y cultural.¹⁷⁷

Esta relevante observación es la que se pretende hacer extensiva en la interpretación de los derechos humanos, las normas constitucionales de derechos en ocasiones son tan amplias que permitirían una aplicación en una gran cantidad de casos, dándoles una solución, es decir, que los derechos humanos permiten que, por su condición de normas de alta generalidad, puedan asumir el rol de principio y puedan irse concretizando en la elaboración de normas particulares, como son las sentencias.

Al tener como postulado la aplicación de principios, el juez asumiría un papel mucho más interpretativo, por la necesidad de concretar la norma general. En suma, si se toman los derechos humanos entendidos como normas abiertas que expresan principios, estos son la puerta a la interpretación de otros derechos en la jurisdicción. Así, pretender la aplicación de un derecho humano abierto o general, como principio para invocar otro derecho específico, exigiría la tarea de “cerrarlo”, labor que sólo se puede hacer en la vía judicial, porque en las controversias judiciales se puede apreciar el supuesto de hecho al que será aplicable una norma general ya que existe en la Constitución.

¹⁷⁷ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 159 y 161.

En paralelo, es posible encontrar el uso de los valores constitucionales. Según Pérez Luño, los valores constitucionales tienen una triple dimensión: *a) fundamentadora*, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, *b) orientadora* del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y *c) crítica*, pues su función reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para hechos o conductas. De esa forma, es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales. Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; son una guía para orientar la interpretación de la Constitución. Como los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación, constituyen ideas generales que fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico.¹⁷⁸

El mismo autor señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania ha considerado en numerosas decisiones el sistema de los derechos fundamentales consagrados como la expresión de un “orden de valores”, que deben guiar la interpretación de todas las restantes normas constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que se parte de que dichos valores se hayan basados y manifiestan “conceptos universales de justicia”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, cit., pp. 291-292.

¹⁷⁹ *Idem*.

Díaz Revorio explica que la distinción entre valores y principios no puede hacerse de forma tajante basándose en una diferente naturaleza o significado. Es más, según él, algunos conceptos, como el de igualdad, se manifiestan como valores y como principio, sin perjuicio de que este valor y principio tiene también una dimensión como derecho subjetivo. Para él, los valores se convierten en una de las principales peculiaridades del objeto de la interpretación constitucional, al tiempo que es uno de los elementos de mayor relevancia a la hora de interpretar la Norma fundamental, o sea, son objeto y criterio de la interpretación constitucional. Esto tiene ciertos efectos sobre los derechos fundamentales, por sus mayores influencias interpretativas. De acuerdo con el letrado español, los derechos son una consecuencia o desarrollo de los valores, especialmente de la libertad, la igualdad y la dignidad que, por consiguiente, deberán presidir su interpretación.¹⁸⁰

Además, señala una dimensión axiológica de los derechos fundamentales que permite su interpretación considerándolos valores superiores, es decir, los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos del individuo, presentan una dimensión objetiva para la mayoría de los ordenamientos constitucionales; son normas con una carga axiológica, que reflejan el sistema constitucional de valores. Esto tiene ciertas consecuencias sobre la interpretación de los derechos: 1) El llamado efecto de irradiación o “vis expansiva y atrayente”. Todo el ordenamiento ha de interpretarse de acuerdo con los mismos y, entre varias interpretaciones, ha de escogerse la más favorable al derecho fundamental. De esta forma, podría hablarse de una omnipresencia interpretativa de los valores como de la dignidad humana. 2) Eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros; vinculan igualmente tanto a poderes públicos como a particulares. 3) Los derechos se configuran como mandatos de actuación positiva a todos los poderes públicos. Por

¹⁸⁰ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, México, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009, pp. 92, 110, y 279-283.

consiguiente, los derechos como expresión de un sistema de valores, señalan los fines de la acción estatal. 4) Ampliación del poder creativo del Tribunal Constitucional, hasta tal punto que las posiciones de éste y el legislador, en relación con la Constitución, se modifican, aproximándose entre sí. Por eso, para este autor, los valores superiores encierran un “potencial creativo” prácticamente ilimitado.¹⁸¹ Esta visión de los derechos amerita mencionar otras consideraciones.

El Pleno de la Suprema Corte ya tenía definida una interpretación conforme a valores constitucionales. Según explicaba, el artículo 14 de la Constitución autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica y, al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional, privilegiar aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Llama a esto método genético-teleológico por el cual se pueden conocer los principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.¹⁸²

2.5.1 Doble función de los derechos; sus dos dimensiones

Según explica Alexy, existen dos principales clases de construcción de los derechos fundamentales: la cerrada y estricta, por un lado; y la amplia y comprensiva, por otro. La primera puede denominarse “construcción como reglas”, mientras que la segunda, “construcción de principios”. Según la construcción cerrada y estricta, los derechos se tratan de reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás, protegen ciertas

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 400-401.

¹⁸² Tesis P. XXVIII/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, abril de 1998, p. 117, del rubro: “INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR.”

posiciones descritas abstractamente de los individuos frente al Estado. En cambio, por la construcción comprensiva, las normas que confieren derechos fundamentales no sólo protegen posiciones de los individuos, además, tienen una función profunda que irradia a todo el orden jurídico. Ninguna de las construcciones puede realizarse en su forma pura. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó por primera vez en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso Lüth (1958).¹⁸³ La decisión en este caso relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán:

- A. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado, sino que substancian, “*al mismo tiempo, un orden objetivo de valores*”; es decir, que los derechos constitucionales no sólo tienen el carácter de normas, sino también de principios.
- B. Los valores o principios encontrados en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino a todas las demás áreas del Derecho; los derechos fundamentales se tornaron ubicuos.
- C. La tercera idea viene presupuesta por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, “una ponderación de intereses” se vuelve necesaria.

El Tribunal Constitucional Español, en una línea similar, identifica la función de los derechos constituciones como principios, esta idea se contiene en la sentencia 21/81 del 15 de junio. En ella se afirma que “...*los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y*

¹⁸³ Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales...*, cit., pp. 72-75.

a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”. A juicio del Tribunal español, los derechos, sin perder su naturaleza subjetiva, son elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo.

Para entender mejor lo anterior, Peces-Barba explica estas funciones de los derechos fundamentales, objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista objetivo, como subsistema dentro del ordenamiento, los derechos son una prolongación de la norma básica, material de identificación de normas. Desde el punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales recogen en normas positivas pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.¹⁸⁴

Con la concepción objetiva de los derechos, es posible inferir un papel que estos asumen como normas de identificación de normas, porque a partir de ellos se desarrollan y concretan los valores superiores, metas, objetivos y fines de una Constitución, y se configuran como la guía del resto de las normas del ordenamiento, siendo herramientas de interpretación y aplicación de otras normas, o inclusive de producción.

El descubrimiento de esta teorización de los derechos humanos como normas y como principios, dotan al juez constitucional de un astillero interpretativo amplio, porque descubren una doble función de las disposiciones constitucionales de derechos humanos, sirven para resolver controversias concretas tradicionales, cuando son vistas como derechos subjetivos; pero, también aquellas otras donde la exigencia reclamada no esté protegida jurídicamente de manera específica, en donde actuarán como principios, posibilitando dar una solución a partir de los derechos humanos sí reconocidos. Es decir, la doble dimensión de los derechos humanos permite que de las normas generales que otorguen

¹⁸⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, et al., *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, cit., pp. 273-274.

alguna protección a la persona se puedan deducir algunas otras normas particulares.

Este criterio ya ha sido aceptado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 43/2016. Ahí, ha señalado que los derechos fundamentales gozan de una doble función; subjetiva y objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, tienen una función objetiva, en razón de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes a éste.¹⁸⁵ De tal forma, la interpretación que se realiza del texto constitucional es especial porque además se relaciona con valores que están representados por sí mismos en las normas de derechos humanos, por ejemplo la libertad, la igualdad, o la dignidad.

En el caso de México, está definido que para interpretar el contenido de los derechos reconocidos en la propia Constitución se hará también conforme a instrumentos internacionales (artículo 1° constitucional, párrafo 2). Esto es ejemplo claro de un parámetro de interpretación objetiva sobre todo en relación a su contenido. Aunque se entiende que ello puede significar que los jueces constitucionales tienen en tales instrumentos una guía para tomar sus decisiones.

Aunado a ello, se puede hacer uso de los tratados internacionales como parámetro de interpretación de derechos humanos. La cláusula de interpretación de los derechos humanos conforme a tratados,

¹⁸⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 333, del rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.”

convenciones y declaraciones internacionales, es en sí misma una garantía de protección, pues obliga al juez constitucional a realizar una labor interpretativa sobre una base mínima que es el contenido de tales instrumentos, y el conjunto de valores internacionales que representan, pues, como afirma Flores Martínez; “*los tratados constituyen la expresión jurídica de los valores que se consideran protectores de la dignidad humana a la luz de las circunstancias históricas actuales*”.¹⁸⁶

En ese sentido, los tratados internacionales en materia de derechos humanos adquieren un doble carácter, bien como fuente del derecho interno, o como parámetro interpretativo. En ambos casos, los instrumentos en materia de derechos humanos están incluidos como parte de la Constitución y serán referente obligado para la interpretación de los derechos, ya sea por la “interpretación de los derechos” contenidos en ellos, o por la “interpretación desde los derechos” que los mismo reconocen, cuando actúen como un orden objetivo de valores.

2.6. La interpretación del juez constitucional y la creación normativa

Hoy en día, junto a la exigencia de superar el modelo tradicional de Constitución está la de superar el paradigma positivista decimonónico del juez como un mero aplicador de la ley, pues es innegable una reivindicación judicial, de su papel activo y creativo en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Muchas posturas existen para señalar a la interpretación como una operación creativa.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Véase Flores Martínez, Alejandra, *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la Constitución española*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013, pp. 35-39.

¹⁸⁷ Véase Asís Roig, Rafael, *Jueces y Normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 179; Wroblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1988, p. 81; Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación...*, cit., p. 211 y ss., Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho...*, cit., pp. 355 y ss.

La interpretación judicial en México es un tema que ha tomado importancia muy recientemente; contrario a esto, en el pasado, existía el paradigma de que el juez estaba subordinado a la ley, por lo que no podía ofender la intención del legislador. Éste era el único y verdadero intérprete supremo de la Constitución. El paso de la interpretación legislativa a la judicial implicó un lento y largo cambio de paradigma en diferentes momentos de la historia constitucional del país.¹⁸⁸ Pero, hoy en día, este paradigma se ha radicalizado con el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional, en la que el juez se constituye como un garante de la Constitución y los derechos, incluso frente al legislador, del cual puede derrotar las normas generales, mediante la producción de normas individuales.

Durante gran parte del siglo XX, surgió un importante debate sobre la índole del razonamiento jurídico en la aplicación y creación del derecho. Se puso en tela de juicio que la aplicación del derecho no era simple operación lógico deductiva, esto llevó incluso a determinar el contenido de las normas o de los métodos para, a su vez, determinar el contenido de las normas particulares en la sentencia judicial. En general, se criticaba que la deducción lógica no toma en cuenta los efectos reales de la norma (Bentham), los fines (Ihering), la experiencia y el buen sentido (Holmes), o los intereses en cuestión (Ehrlich); de este modo, se dio lugar a movimientos como la Escuela del Derecho Libre, la jurisprudencia de intereses (Heck), y la jurisprudencia sociológica (Cardozo, Pound), en la que se pugnaba por tomar en cuenta factores como lo histórico, lo sociológico, lo justo, los valores y otros elementos que no son abarcados por el método lógico.¹⁸⁹ Con esta crítica, poco quedó de aquella

¹⁸⁸ Al respecto puede verse González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: Su conocimiento y su formación*, 4ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 43-96, y 475-522; y “La interpretación jurídica en México”, en *Interpretación, argumentación y trabajo judicial...*, cit., pp. 77-88.

¹⁸⁹ Una introducción al tema se encuentra en Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación...*, cit., pp. 25-129; y su propia crítica en *Nueva filosofía de la técnica jurídica*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

concepción en que la función judicial era entendida como un silogismo, y el juez como un mero razonador legal.

Se ha presentado un cambio del modelo de decisión judicial, abandonando el uso exclusivo del método deductivo para la emisión de sentencias válidas, que llegó a su crisis debido, sobre todo, a las llamadas zonas de penumbra en la interpretación, en las que el juez no sólo debe deducir la respuesta correcta, sino optar entre alternativas interpretativas, a causa de un lenguaje normativo abierto, donde no basta la simple deducción. Así, se superó el modelo de la aplicación automática por subsunción.¹⁹⁰ Esto también pasa cuando se presenta una ley injusta donde el criterio de validez son los derechos humanos positivizados, y el modelo deductivo no es suficiente, sino que se necesitan criterios valorativos que sirvan para descalificar la ley.

En el derecho comparado se hallan algunos ejemplos; destaca el papel desempeñado por la jurisprudencia de la República Federal Alemana en la positivización de los derechos fundamentales, quienes han considerado que les incumbe un rol normativo creador, al menos cuando las normas establecidas no se han ajustado a los principios constitucionales. La judicatura alemana ha desarrollado una integración creadora del ordenamiento jurídico, mediante la cual ha tenido que dar expresión normativa en sus decisiones a aquellos valores y directrices proclamados por el constituyente.¹⁹¹

Peces-Barba explica que la interpretación en el Derecho, cuando es llevada a cabo por determinados operadores jurídicos, posee una función normativa y siempre cabe predicar de ella un cierto sentido creativo. La producción normativa son los diferentes caminos a través de los cuales se originan los principales elementos que componen el ordenamiento jurídico, esto es, las normas. El problema de la producción normativa está

¹⁹⁰ Sobre el cambio de paradigma véase Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 199-205

¹⁹¹ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos...*, cit., pp. 106-108.

estrechamente relacionado con el de las fuentes del Derecho; este problema obliga a estudiar quién y cómo es competente para producirlas o, lo que es lo mismo, quiénes son los órganos competentes para crearlas, cuál es el procedimiento de creación y los límites de esa actuación. La producción normativa puede ser dividida en dos tipos: originaria y derivada. La primera es aquella a través de la cual se crea la norma básica de un sistema, la norma de identificación de normas, cuyo centro de producción es el poder constituyente y su resultado es la norma constitucional que establece los criterios básicos de validez normativa, formales y materiales. La producción derivada se hace en virtud de lo dispuesto en la norma básica y sólo se entiende desde lo dispuesto en ella. Hay, entonces, dos tipos de producción normativa derivada; la legal y la judicial. La primera es la producción de normas consideradas como leyes; la segunda considera al poder judicial como centro de producción normativa.¹⁹²

En este caso, interesa particularmente el derecho judicial. La decisión judicial concluye con un fallo que debe necesariamente justificarse desde una norma general. En ese sentido, las sentencias judiciales pueden ser descritas como entidades complejas compuestas tanto por normas generales como individuales. En relación con las primeras, no cabe hablar propiamente de creación, sino de aplicación; mientras que en las segundas, sí existiría creación. Sin embargo, se llegan a presentar ocasiones en las que el juez puede crear normas generales. El juez tiene que decidir siempre siguiendo un enunciado normativo general que funcione como fundamento del fallo, este enunciado puede, en algunos casos, no coincidir con un único precepto, lo normal es que el juzgador tenga que decidir desde varias normas y construir un enunciado

¹⁹² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, cit., pp. 229-232; y *Curso de Teoría del Derecho...*, cit., pp. 203-207 y 214.

desde ellas. Incluso, cuando es una única norma, al extraer su significado, al interpretarla, estará creando un enunciado general.¹⁹³

Así, Kelsen señala, para que las normas jurídicas generales alcancen un sentido concreto necesitan de la individualización, pues precisan de establecer en concreto lo que la norma ha establecido en abstracto. Esto es, que el proceso de individualización de las normas generales, equivale a la concreción de las normas abstractas. Para él, la sentencia no sólo es la declaración del derecho, pues la misión del juez es crear una nueva relación, determinar que existe un hecho concreto y señalar la consecuencia jurídica que debe enlazarse. La sentencia vincula en lo individual y en la realidad, lo que en lo general hace la ley. Sin la sentencia, el derecho carecería de forma y estructura concreta. Así, afirma que la legislación y la jurisdicción son etapas diferentes del mismo proceso de creación jurídica, el acto de jurisdicción es creación, producción de derecho como el acto legislativo, ambas van en una relación de subordinación de grado superior a inferior, es decir, de la norma general a la norma individual. “*La legislación es aplicación del derecho lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica*”. Finalmente, para este autor, la jurisdicción es una protección jurídica, el derecho es protegido por la sentencia judicial, y el juez se identifica con el Estado; que el derecho sea protegido en la sentencia significa que la norma general se halla contenida en la sentencia. De esta forma, el proceso de creación del derecho que inició en la Constitución, siguió en la ley y continúa en la sentencia, que la individualiza y concreta.¹⁹⁴

Aguiló Regla expresa que la gran diferencia entre las normas generales creadas por el legislador y las normas generales creadas por los jueces radica en que las primeras son un producto de la voluntad de ciertos sujetos, mientras que las segundas, son un producto de la razón,

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, 5ª ed., trad. Luis Legaz Lacambra, México, Fontamara, 2015, pp. 304-307; y *Teoría General del Derecho y del Estado...*, *cit.*, pp. 156-161.

de la elaboración racional del propio Derecho o del método jurídico. Por eso, la teoría de las fuentes del Derecho no puede eludir el problema del llamado “Derecho implícito”. Éste es el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas (las disposiciones generales), por tanto, Derecho implícito será el que resulta de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico.¹⁹⁵

Nieto distingue dos tipos de desarrollo creador de normas; el primero, al que nombra inmanente, es aquel donde se está sólo frente a un desarrollo complementario de la norma, en el que se sigue la línea predeterminada por la ley, en estos casos, las sentencias añaden al texto de la ley, pero lo hacen utilizando elementos que aparecen en ella a partir de la deducción lógica necesaria y única; el juez completa la norma con elementos que emanan de ella. En tanto, el desarrollo creador trascendente, donde el juez realiza el fallo desde elementos de la norma, más no con ellos, asume la existencia de varias respuestas, por tanto, el juez debe elegir la más plausible. Supone, además, que el caso que da origen a esta interpretación es demasiado abierto, por eso caben varias interpretaciones de las cuales pueden surgir contradicciones que deben ser resueltas. Admite la posibilidad de que la función del poder judicial no es crear una norma general, sino elaborar una regla concreta para el caso concreto, un hecho diferente es que de esa regla particular, después, se pretenda aislar una regla abstracta y general.¹⁹⁶ Lo que sucedería en estos casos es que el juez, autorizado por el propio texto constitucional, y desde los elementos de éste, elabora una regla particular para un caso significativamente distinto a los previstos, pues el caso es tan singular y diferente que merece una nueva regla concreta de las que permite la regla común.

¹⁹⁵ Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del derecho”, en Fabra Zamora, Jorge Luis (Coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, v. II, pp. 1055-1060.

¹⁹⁶ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, pp. 100-106.

Rafael Asís, por su parte, señala que aunque los tribunales aplican normas generales al dictar normas individuales, primero determinan el contenido de las generales, por lo que no sólo crean normas individuales, sino que las decisiones judiciales son el paso de normas generales a individuales y, en ocasiones, las primeras no están explícitas en el derecho.¹⁹⁷ Díaz Revorio describe, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional realiza una labor “creadora” cuando concreta o desarrolla los preceptos constitucionales a causa, principalmente, de los valores abstractos que contiene la propia Constitución. El parámetro del control de constitucionalidad no es simplemente la Constitución como texto, sino las “normas constitucionales de creación jurisprudencial”.¹⁹⁸

Para Carlos Cossío, las normas generales brindan un marco que el juez no puede pasar, pero, dentro del mismo, tiene libertad de movimientos, la norma general es una frontera que da espacio al juez. Además, explica la existencia de casos donde la voluntad del legislador no consiste en señalar directamente los contenidos de la norma, sino sólo el camino para explicitar estos últimos, dando extensión a la actividad interpretativa (extensión porque no restringe la interpretación a un método). El juez no suple la ley, pero crea normas individuales y dentro del espacio legal se autodetermina, eso es la interpretación. El juez crea derecho por delegación, es legislador por disposición del mismo legislador.¹⁹⁹ Es así que el juez, frente a un caso de insuficiencia del derecho escrito, no va a crear una norma legal, sino simplemente a explicitar la norma general no formulada que sirva al fundamento de su decisión, puesto que para crear la norma individual necesita primero una norma general que sea el fundamento de aquella, y si esta no está formulada debe encontrarlas entre las existentes. En suma, lo que el juez hace es solo explicitar la norma no formulada. Para Cossío, luego, el

¹⁹⁷ Asís Roig, Rafael, *op. cit.*, pp. 55.

¹⁹⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 254-257.

¹⁹⁹ Cossío, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947, pp. 191-193 y 198-199.

problema no es si la actividad de los jueces era creadora de derecho positivo, sino si podría crear una norma general mediante el despliegue de casos individuales.²⁰⁰

Una cuestión aparte es si las sentencias que reconocen estos derechos pueden alcanzar con posterioridad el rango de normas generales. Al respecto, Alchourrón y Bulygin reseñan la inducción jurídica mediante la cual el jurista puede transformar una pluralidad de normas en una norma de mayor generalidad, asemejando la inducción por enumeración, en la que se llega a la generalidad a partir de casos particulares.²⁰¹ En tanto, Kelsen admite que la práctica individual del derecho puede dar lugar a la creación de normas generales positivas, por ejemplo, la costumbre.²⁰² En ese sentido, es admisible teóricamente que la decisión judicial puede crear también una norma general, y ser vinculante no sólo para el caso sometido, también para casos análogos, si esta tiene el carácter de precedente, conforme a un sistema establecido en una norma general. En todo caso, estas normas obtienen su obligatoriedad por disposición expresa de otra norma general, como es la Constitución.

Bulygin ha sostenido la tesis de que los jueces crean normas generales, ya no sólo por el sistema de precedentes o la jurisprudencia, también por una sola sentencia de un tribunal de prestigio, como puede ser una Suprema Corte. Aunque, para él, es importante notar que en muchos casos los jueces no crean normas en sentido estricto, sino enunciados definitorios, es decir, definen conceptos jurídicos.²⁰³ Aun así, no hay que perder de vista que tratándose de derechos fundamentales, la definición de esos conceptos equivale a desarrollar el contenido esencial

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 197, 201-202.

²⁰¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Carlos, *Sistemas normativos...*, *cit.*, pp. 124-128.

²⁰² Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado...*, *cit.*, p. 304; y *Teoría General del Derecho y del Estado...*, *cit.*, pp. 156-161.

²⁰³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Carlos, *Análisis lógico y derecho...*, *cit.*, pp. 355 y ss.

de los mismos, por tanto, les da contenidos y titularidades que antes no tenían.

Esta creación nunca puede ser *ex nihilo*, siempre viene apoyada en otras normas que autorizan y justifican la decisión del juez, quien usa el sistema de fuentes existente y su interpretación autorizada. Atiéndase de nueva cuenta el artículo 1° constitucional que señala que las normas de derechos humanos son objeto de interpretación, primero, conforme a la constitución y los tratados, y luego en lo que más beneficie a la persona. Estos dos principios motivan la actuación interpretativa del juez y, a su vez, la condicionan. Existen además otros principios tales como de universalidad, indivisibilidad, progresividad e interdependencia, que se le imponen al juez para interpretar las normas y que lo guían de manera límite.

Para autores como Alf Ross, partidario del realismo jurídico, toda declaración abstracta sobre el derecho es una irrealidad, una mera hipótesis, sólo el derecho concreto es real. El derecho abstracto no es sino hipótesis del derecho concreto. Critica el pensamiento normativista basado en que la norma fundamental es la fuente primaria y cualquier otra norma es una fuente derivada.²⁰⁴ La práctica jurisdiccional, para Ross, es derecho porque se basa en la ley, al tiempo que la ley es derecho porque se aplica en la práctica. Así como la posición del juez se basa en una delegación del legislador, el poder del legislador se sostiene en la aplicación por parte del juez, sin que ninguno de ellos sea primero en sentido absoluto, ni que su posición se sustente en una relación recíproca dentro el sistema. La sentencia y la ley no están en una relación de supra a subordinación, sino de correlación y de coordinación, aunque a veces la sentencia se subsuma deductivamente bajo la ley, al final, ambas se encuentran sujetadas al sistema, que es la última instancia.²⁰⁵ Éste

²⁰⁴ Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, trad. de José Luis Baena de Simón et al., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, pp. 375.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 399.

último se manifiesta no solo de manera deductiva (partiendo de la ley), sino de modo inductivo (partiendo de los casos de aplicación).

Ross hace énfasis en el cambio de paradigma en la relación juez-ley, donde la interpretación judicial se tomaba supletoria a la auténtica, hecha por el legislador. El juez sólo aplicaba la ley y la interpretación se limitaba a averiguar la voluntad del legislador en casos excepcionales. La actividad creativa del juez se reducía a la concreción de la norma, dentro del marco abstracto establecido por la ley; en cambio, hoy, hay más libertad del juez frente a la ley y se ha llegado a reivindicar una jurisprudencia *contra legem*.²⁰⁶

Giorgio Pino señala que la cuestión de los derechos termina por remodelar las relaciones de poder, en cuanto a la creación de la norma, entre órganos legislativos o judiciales, puesto que, ahora, el poder judicial se pone en competencia con el poder legislativo, como administrador de los derechos, pues puede, según sean los casos, reinterpretar, implicar, o anular las leyes a la luz de la exigencia tutelar de los derechos.²⁰⁷ Sin embargo, la posición del juez constitucional y del sistema, sobre todo en el reconocimiento de derechos humanos no escritos, serán materia del siguiente capítulo.

3. Un esquema hipotético de las formas de interpretación de derechos no escritos

A partir del marco que se ha construido en este capítulo, es viable reconstruir un esquema hipotético de las formas en que puede

²⁰⁶ Esto se presenta sobre todo en la jurisdicción constitucional donde se analiza la corrección de las normas. Un caso polémico se suscitó en la acción de inconstitucionalidad 108/2018, promovida por Senadores del Congreso de la Unión en contra de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, donde se decretó la suspensión aun cuando el artículo 64 de la ley reglamentaria de la materia dispone que: “*La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada*”. Sin embargo, por resolución del 7 de diciembre de 2018, se decidió inaplicar ese artículo y suspender la ley para evitar la posible vulneración a derechos fundamentales de modo irreparable.

²⁰⁷ Pino, Giorgio, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

presentarse la interpretación de los derechos humanos no escritos. Enseguida, se propone un planteamiento representativo en el que se pueda observar cómo sería posible derivar un derecho humano no escrito a partir de la interpretación constitucional en tres supuestos.

Primer supuesto: Reconocimiento de un derecho humano como parámetro de regularidad. La primera hipótesis es que se plantee ante el juez la inconstitucionalidad de un acto, omisión o norma (de ahora en adelante acto, en sentido amplio), alegando la violación de un derecho humano que no esté expresado textualmente en el catálogo constitucional, pero que el juez lo estime existente por ser derivado de los derechos positivos, y esto lo haga con la intención de usarlo como parámetro de regularidad del acto objeto de control.

Ejemplo 1.

Supongamos que las letras del alfabeto latino básico²⁰⁸ representan cada una un derecho de los reconocidos en la Constitución, con las cuales se abarque y agote todo el catálogo positivo de modo exacto; así tendremos los derechos A, B, C,..., hasta Z. En suma 26 derechos.

En un procedimiento constitucional de amparo se reclama la inconstitucionalidad de un acto, por violación al derecho “CH”.

Resulta que “CH” es un derecho no previsto en el catálogo, pero que el juez estima válido usar para resolver el caso, porque interpreta que se puede derivar de otros derechos existentes, como los contenidos en las letras “C” y “H”.

El derecho “CH” es uno que puede reconocerse de la conjunción de los derechos “C” y “H”, por interpretación.

Segundo supuesto: Reconocimiento de un derecho humano como consecuencia reparadora. Se plantea al juez la inconstitucionalidad de un acto, alegando que viola un derecho humano reconocido en una

²⁰⁸ Usamos el alfabeto latino internacional porque tiene 26 letras, al cual se pueden adicionar letras de acuerdo al idioma de que se trate, como en el caso del castellano que reconoce la letra ñ.

disposición constitucional. Entonces, el juez estima inválido el acto y ordena se proceda a reparar el derecho violado. Resulta que el efecto amparador de la sentencia, puede dar lugar a una prerrogativa que sea estimada por sí misma un derecho humano.

Ejemplo 2.

Sean las letras del alfabeto cada una de ellas un derecho existente en la Constitución.

En un procedimiento constitucional se reclama la invalidez del acto que prohíbe “QU”, por violación al derecho I. El derecho contenido en I, es plenamente válido y no hay lugar a dudas sobre existencia y alcances.

El acto que prohíbe “QU” se estima inconstitucional e invalido por contradecir el derecho I.

De la invalidez de prohibir “QU”, se sigue una reparación que el juez colma permitiendo “QU” para compensar el derecho I.

Luego, la permisión de “QU” se considera por sí misma un nuevo derecho humano reconocido constitucionalmente.

Tercer supuesto: Reconocimiento de un derecho humano como modo de otro existente. Puede darse el caso que se plantee ante un juez la inconstitucionalidad de un acto, alegando que viola un derecho humano porque no garantiza a cabalidad su realización efectiva. El juez estima inválido el acto porque no responde a la protección completa del derecho, e interpreta otros aspectos que deberían comprenderse para su adecuada salvaguardia. Resulta que se ha interpretado el derecho en cuanto a su contenido o titularidad, como nuevas manifestaciones del derecho que pueden llegar a ser estimadas por sí mismas derechos.

Ejemplo 3.

Sean las letras del alfabeto cada una de ellas un derecho existente en la Constitución.

En un procedimiento se reclama la invalidez de un acto con el que se viola el derecho X. Se alega que el acto no garantiza el cumplimiento de lo contenido en X.

El juez estima que el acto es inconstitucional porque no se cumple con X.

El juez interpreta que para que X se cumpla se debe, además, realizar en los modos X1, X2, X3, o etcétera.

Lo interpretado en X1, X2, X3, constituyen manifestaciones de X, que se estiman por sí mismas derechos humanos.

Con estos tres supuestos se pretende esquematizar las formas en que se puede presentar la interpretación de derechos no escritos. Lo que enseguida se desarrollará es la confrontación de este modelo con un análisis de casos para obtener una comprobación.

CAPÍTULO III

EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

“El principio de una hermenéutica eficaz es siempre el de interpretar el texto de tal manera que lo que está implícito en él se haga explícito...”
Hans-Georg Gadamer, *El inicio de la filosofía occidental*,

SUMARIO: 1. *Análisis de casos. Caso A. Derecho a la vida. Caso B. Derecho al mínimo vital. Caso C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Caso D. Derecho al matrimonio igualitario. Caso E. Derecho de libertad de imprenta en medios no gráficos. Caso F. Presunción de inocencia. Caso G. Derecho a una vivienda digna y decorosa. Caso H. Derecho a recibir alimentos. Caso I. Derecho a honrar a los muertos. Caso J. Derechos en denuncias de desapariciones de mujeres.* 2. *Balance general de los casos.* 3. *Reflexiones inmediatas.* 3.1. *Los jueces como garantía de la Constitución.* 3.2. *La hermenéutica jurídica.* 3.3. *Constitución abierta y derechos humanos.* 3.4. *La completitud del sistema constitucional de derechos humanos.*

1. Análisis de casos

En este capítulo se hará el estudio de una serie de casos para construir con ellos una demostración de la hipótesis planteada, es decir, una comprobación casuística. Los diez casos que se han seleccionado se consideran relevantes para el sistema mexicano por haber reconfigurado la forma en que se entendían los alcances de ciertas disposiciones constitucionales, ampliando su contenido en materia de derechos y vinculando con su resolución a las autoridades mexicanas, al haber sido

resultos por la Suprema Corte, en su calidad de tribunal constitucional e intérprete último de la Constitución.

Lo que se examina en cada caso es el órgano intérprete, el asunto del que derivó, el punto de litis constitucional, las disposiciones constitucionales involucradas, las operaciones interpretativas y la interpretación resultante, así como el derecho reconocido y su alcance, para ajustarlo al esquema de formas de reconocimiento de derechos constituido en esta tesis; para finalizar con un balance general. Así, la última parte del capítulo se usará para hacer reflexiones inmediatas sobre temas que sirvan para cerrar este trabajo, como el papel de los jueces, la hermenéutica jurídica, el concepto de “constitución abierta” y la completitud del sistema de derechos humanos.

Caso A. Derecho a la vida

Este caso es traído a colación como una referencia histórica. El derecho a la vida no se encontraba reconocido expresamente en el texto de la Constitución Mexicana en el año 2002 —antes de que se elevaran a rango constitucional los derechos contenidos en tratados internacionales— y tenía un estatus jurídico diferente pues incluso se preveía su privación como pena en el artículo 22 constitucional siempre que se cumplieran las garantías esenciales del procedimiento según el artículo 14 constitucional. Desde aquella fecha hasta hoy, se han presentado reformas constitucionales importantes que han cambiado a protección del derecho; a saber, el 9 de diciembre de 2005, se reformaron los artículos 14 y 22 constitucionales para prever la prohibición absoluta de la pena de muerte, y con la reforma del 10 de junio de 2011, se contempla en el artículo 29 constitucional como derecho no restringible, ni suspendible.

La interpretación de este derecho surgió en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, promovida por diputados

integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra del artículo 334, fracción III, del Código Penal y del artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales, ambos de la misma entidad. El asunto fue resuelto los días 29 y 30 de enero de 2002.

En el primero de esos artículos se preveía que no se aplicaría sanción por el delito de aborto cuando, a juicio de dos médicos especialistas, existiera razón suficiente para diagnosticar que el producto presentaba alteraciones genéticas o congénitas que pudieran dar como resultado daños físicos o mentales, al límite de poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, y siempre que se tuviera el consentimiento de la mujer embarazada. En tanto que, el segundo, facultaba al Ministerio Público para autorizar la suspensión del embarazo cuando fuera consecuencia de una violación y existiera denuncia por tal delito. En los conceptos de invalidez, se alegó que tales artículos eran una aprobación por parte del legislador para privar de la vida al producto de la concepción, sin respetar las garantías de todo gobernado, además de que se violaban los artículos 1o., 4o., 5o., 14, 16, 21, 22, 49 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como tratados internacionales.

La Corte, en su metodología para resolver el fondo de la cuestión, se vio primero en la necesidad de determinar si la Constitución protegía el derecho a la vida, puesto que este derecho no está expresamente previsto en el texto fundamental. Para ello, analizó los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Mexicana.²⁰⁹

Es así que, tras realizar un estudio de lo dispuesto en ellos, dilucidó: a) que del artículo 1º, se desprende el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional y por el que se otorga el goce de los derechos que la misma consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; b) del artículo 14, se aprecia

²⁰⁹ Consideración Quinta de la ejecutoria, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 793.

que nadie podrá ser privado de la vida sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y c) del artículo 22, la prohibición de pena de muerte.²¹⁰ Por eso concluyó que la Norma Fundamental protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues otorgaba garantías contra su privación, por tanto, lo contempla como un derecho sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

En este caso, el derecho a la vida fue obtenido mediante la interpretación de varias disposiciones constitucionales, como alcanzar el sentido contrario de los artículos 14 y 22 constitucionales. Así, la Corte consiguió una norma implícita en la que se declara la protección a la vida. El motivo de esa interpretación era establecer la existencia del derecho a la vida para usarlo como parámetro de regularidad constitucional de las leyes impugnadas. La interpretación del derecho fue un paso preliminar necesario para resolver la cuestión. De ahí surgió la jurisprudencia P./J. 13/2002, del rubro “DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.”²¹¹ Es claro que el derecho a la vida surge por sí mismo, casi como evidente, sólo es necesario argumentar su estatus normativo, mas no su estatus de derecho humano, lo que se discute son las garantías que se otorgan al derecho.

Caso B. Derecho al mínimo vital

La Primera Sala de la Suprema Corte interpretó la existencia de este derecho al resolver el amparo en revisión 1780/2006, fallado el 31 de

²¹⁰ El texto, en el momento en que se resolvió este asunto, era diferente al actual, pues en ese entonces en un cuarto párrafo del artículo 22, después de una prohibición general, permitía la pena de muerte para ciertos casos de forma excepcional. Por reforma publicada el 9 de diciembre de 2005, se eliminó esa permisón y subsiste sólo la prohibición absoluta.

²¹¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 589.

enero de 2007. En este asunto, el quejoso argumentaba la inconstitucionalidad de los artículos 110 y 112 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, pues en ellos se consideraba las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral como ingresos gravables. En este contexto, el problema a determinar era si tales artículos transgredían la garantía de proporcionalidad tributaria por imponer una contribución excesiva para el trabajador.

Para responder a la cuestión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió primero determinar la existencia del derecho a un mínimo vital como garantía de la dignidad humana. La Corte consideró que el derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123.

El derecho al mínimo vital tiene una vertiente negativa que erige un límite que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna. En síntesis, el Estado no puede, al ejercer la potestad tributaria, traspasar el límite inferior establecido para garantizar la supervivencia digna de la persona.

Argumentó que un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que los individuos tengan condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo. De forma que, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente.

El derecho al mínimo vital, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las

medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Con este derecho se busca garantizar que la persona, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.²¹²

En la sentencia, se tomó en cuenta que el derecho al mínimo existencial o mínimo vital ha sido reconocido en otros sistemas jurídicos como un derecho que se deriva de los principios de dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta.

Este derecho ha tenido especial aplicación tratándose de la materia tributaria, pero también ha sido usado en otros ámbitos, destaca la acción de inconstitucionalidad 24/2012, donde el Pleno de la Corte determinó que el artículo 10, párrafo segundo, de la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, que preveía un descuento dirigido al sostenimiento del reo con cargo a la percepción que tenga como resultado del trabajo penitenciario, vulnera el derecho al mínimo vital.²¹³

²¹² De ahí surgió la Tesis 1a. XCVII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, del rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.”

²¹³ Jurisprudencia P./J. 35/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, t. I, diciembre de 2013, Materia Constitucional, p. 124, del rubro: “TRABAJO PENITENCIARIO. EL ARTÍCULO 10, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS, QUE PREVÉ UN DESCUENTO DIRIGIDO AL SOSTENIMIENTO DEL REO CON CARGO A LA PERCEPCIÓN QUE TENGA COMO RESULTADO DE AQUEL, VULNERA EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL.”

Caso C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Este derecho no está reconocido textualmente en la Constitución Mexicana. Sin embargo, tiene una existencia clara que se hace patente en la necesidad de las personas de determinarse a sí mismas y su modo de vida, sin que el Estado pueda tener interferencias en ese proyecto.²¹⁴ La Primera Sala de la Suprema Corte ha señalado que dicho derecho tiene dimensión externa e interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.²¹⁵

El mismo órgano judicial ha señalado que la Constitución otorga amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen; y que el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un "área residual de libertad" que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. Es decir, que cuando un determinado "espacio vital" es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de

²¹⁴ Una introducción a este derecho se encuentra en Hernández Cruz, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, México, INEHRM, 2018.

²¹⁵ Tesis: 1a. CCLXI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 898.

libertad específico.²¹⁶ Por tanto, este derecho da alojó a todas las demás libertades que no están protegidas expresamente por la Constitución. Ha sido usado como parámetro de regularidad en varios casos trascendentes, de los cuales analizamos dos.

1. Derecho a la identidad por reasignación sexogenérica

Este asunto daría como resultado un derecho de tipo civil en que se usó como parámetro el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata del amparo directo 6/2008, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte el 6 de enero de 2009. En este asunto, una persona solicitó la rectificación de su acta de nacimiento, en cuanto a su nombre y sexo. Dicha persona fue registrada con sexo masculino, porque al momento de su nacimiento presentó signos viriles en sus órganos sexuales externos; no obstante, con el paso de los años, desarrolló características sexuales secundarias femeninas. Su situación fue diagnosticada médicamente como un estado intersexual denominado pseudohermafroditismo femenino. Con posterioridad la persona se sometió a un tratamiento hormonal, psicológico y quirúrgico de reasignación sexual, por tener un aspecto físico y psicológico de mujer.

Ante tales circunstancias, demandó en la vía ordinaria civil la rectificación de su acta de nacimiento en lo relativo a su nombre y sexo, pues la persona consideró indispensable que en su acta de nacimiento no se reflejara un nombre y sexo de tipo masculino. Aunque en primera instancia se concedió la rectificación de acta, el quejoso impugnó que en la sentencia se negó el derecho a omitir en la nueva acta mención alguna a su sexo originalmente registrado. Con ello, alegaba la parte solicitante,

²¹⁶ Jurisprudencia 1a./J. 5/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 487, del rubro: “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS.”

se violaban sus derechos al permitirse la aparición de una anotación marginal sobre su reasignación sexual.

La Corte concedió el amparo al quejoso para que se expidiera una nueva acta sin la anotación marginal que señalara su reasignación sexual, y basó esa decisión en el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo; pues, un individuo tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, así como la manera en que logrará las metas y objetivos que para él son relevantes. Se usa en esta consideración la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

Además, en la sentencia se delimitó el derecho a la identidad personal, por ser relevante para la problemática, como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad, la cual se encuentra estrechamente relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De igual forma, consideró implicado el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo, y frente a la sociedad, desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, sino, primordialmente, en lo referente a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos y otros aspectos, porque la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana.

Partiendo de ello, estimó que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género y, en consecuencia, declaró que la “reasignación sexual” constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad.

En este asunto, se encuentra además la definición de varios criterios importantes, dentro de los que se destacan los siguientes:

- A. Se fijó el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se hizo derivar de la dignidad humana, como derecho fundamental reconocido por el orden jurídico mexicano, que consiste en que todo individuo pueda elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida (Tesis P. LXVI/2009. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE).²¹⁷ A pesar de que ni ese derecho, ni el valor de dignidad, de donde se hizo derivar, tienen expresión textual en el articulado constitucional, sino que se tuvieron por implícitos.
- B. Se determinó que el derecho a la salud estaba implicado y que no se limita al aspecto físico, sino que se traduce en la obtención de un determinado bienestar general. Es decir, que este derecho no se limita a la salud física del individuo, porque va más allá, en tanto comprende aspectos como el buen estado mental y emocional del individuo. (Tesis P. LXVIII/2009, DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL).²¹⁸
- C. El derecho a la salud debe incluir también vías legales para adecuar el sexo legal con el que realmente se identifica y vive como propio una persona, con la consiguiente expedición de nuevos documentos de identidad, porque, de lo contrario, se le obligaría a mostrar documentos que no corresponden con su identidad, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que afectaría su estado emocional y mental, además de su derecho a una salud integral (Tesis P. LXX/2009. DERECHO A LA SALUD. TRATÁNDOSE DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES NECESARIA LA EXPEDICIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS DE

²¹⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

IDENTIDAD, A FIN DE LOGRAR EL ESTADO DE BIENESTAR GENERAL PLENO QUE AQUEL DERECHO IMPLICA).²¹⁹

D. Se fijó la existencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, así como a la identidad personal y sexual; que se configuran como derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana. (Tesis P. LXVII/2009. DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA).²²⁰

E. Partiendo de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género, se concluye que la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su físico influye decisivamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones dentro de la sociedad (Tesis P. LXIX/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.).²²¹

F. La expedición de una nueva acta de nacimiento en la que conste el cambio de nombre y sexo de una persona transexual, no se traduce en la desaparición de su historia, por lo que todos aquellos actos que hubiere realizado bajo su identidad anterior y que traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles (Tesis, LXXIII/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA ACTA DE NACIMIENTO POR ESE MOTIVO, NO SE TRADUCE EN LA INEXISTENCIA DE LOS HECHOS O ACTOS ACONTECIDOS BAJO LA IDENTIDAD

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Ibidem*, p. 7.

²²¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; t. XXX, diciembre de 2009 p. 17.

ANTERIOR NI EN LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL INTERESADO.).²²²

G. Mantener los datos concernientes al nombre y sexo en los documentos de una personas que haya realizado una reasignación sexual, asentando una nota marginal, viola sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, porque se propicia que dicha persona exteriorice su condición anterior, generando eventuales actos discriminatorios (Tesis P. LXXII/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA NOTA MARGINAL EN EL ACTA DE NACIMIENTO DE LA SENTENCIA QUE OTORGÓ LA DEMANDA DE RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE Y SEXO, CON LA CONSIGUIENTE PUBLICIDAD DE DATOS, VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERESADO).²²³

H. Determinó la inconstitucionalidad de la sentencia que autoriza la rectificación del nombre y sexo en el acta, pero ordena una anotación de ello. Además, expresó la obligación de los jueces para dar respuesta a las exigencias que deben satisfacerse en estos casos, que incluso obligan a una labor de integración para colmar lagunas conforme a los artículos [14 de la Constitución, a fin de que](#) el juez provea lo necesario para la persona que busca una reasignación sexual (Tesis P. LXIV/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. LA SENTENCIA QUE NIEGA LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA ACTA DE NACIMIENTO EN LA QUE SE RECTIFIQUEN LOS DATOS RELATIVOS AL NOMBRE Y SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES INCONSTITUCIONAL...).²²⁴

²²² *Idem.*

²²³ *Ibidem*, p. 18.

²²⁴ *Idem.*

- I. La protección a terceros y al orden público no son razones para negar la reexpedición de documentos en un caso de reasignación sexual, pues negar el acceso a ellos, afectaría los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal y sexual, a la salud, a la propia imagen, vida privada e intimidad y, por consiguiente, a su dignidad humana y no discriminación. En tanto que, la rectificación de nombre y sexo permite proyectarse a la persona en todos los aspectos de su vida como el ser que realmente es, reconociéndose, así, legalmente, su existencia (Tesis P. LXXIV/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO).²²⁵
- J. Tratándose de su identidad sexual y de género, se presenta una preeminencia del factor subjetivo (sentimientos, proyecciones, ideales), sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo), de manera que debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al anatómico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género de una persona transexual (Tesis P. LXXI/2009. REASIGNACIÓN SEXUAL. PREEMINENCIA DEL SEXO PSICOSOCIAL FRENTE AL MORFOLÓGICO PARA RESPETAR A PLENITUD LOS DERECHOS DE IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL).²²⁶
- K. De una interpretación del artículo 1o. de la Constitución Mexicana y tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, concluyó el reconocimiento de la dignidad

²²⁵ *Ibidem*, p. 19.

²²⁶ *Ibidem*, p. 20.

humana como valor superior, del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, y dentro de los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad persona (los cuales no tienen existencia textual). Por tanto, señaló que aun cuando éstos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos y, en todo caso, deben entenderse como derivados de la dignidad humana (Tesis P. LXV/2009. DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES).²²⁷

2. Consumo lúdico o recreativo de la marihuana

Este caso, contrario al anterior, no da como resultado un derecho humano, sino que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se usa como parámetro para derivar la permisión de una acción como manifestación de aquel. El asunto tiene incluso una base jurisprudencial, al ser emitido de manera consecutiva en una serie de cinco amparos en revisión, resueltos por la Primera Sala de la Corte, respecto a la constitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I; 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, en los cuales se prohíben todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar el autoconsumo de la marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera).

La Corte determinó que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad permite, *prima facie*, que las personas mayores de edad

²²⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; t. XXX, diciembre de 2009 p. 8.

decidan, sin interferencia alguna, qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar dicha elección. De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución.

Para el tribunal, esa elección puede incluir la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten" los pensamientos, las emociones y las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales. Estas experiencias se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de "afectar" su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Con base en ello, se concluyó que la prohibición contenida en los artículos 235, último párrafo; 237, 245, fracción I; 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, incide en el contenido del derecho fundamental en cuestión, toda vez que constituye un obstáculo jurídico que impide ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas se desean realizar, porque imposibilita llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, transporte, etcétera.²²⁸

²²⁸ Jurisprudencia 1a./J. 3/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, t. I, febrero de 2019, Materia Constitucional, p. 489, del rubro: "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL."

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido reconocido por vía jurisprudencial porque la corte ha declarado su existencia y desarrollado su contenido, dándole alcances cada vez mayores. También usado en otros casos como parámetro de regularidad, por ejemplo, en el caso del divorcio necesario, donde la misma sala declaró que el régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales vulnera tal derecho porque complica la realización de disolver el matrimonio.²²⁹

Caso D. Derecho al matrimonio igualitario

Primero, no puede dejarse de comentar la discusión acerca de si el matrimonio es efectivamente un derecho humano. La postura sostenida en esta tesis es que sí lo es, dado que en los artículos 17 de la Convención Americana y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, por tal razón, esta acción es un derecho humano. Ahora, la discusión sería sobre el sentido de dicho artículo, si refiere sólo a la unión entre hombre y mujer, o sea, parejas heterosexuales, o si admite una interpretación evolutiva para dar un nuevo sentido al precepto, donde se consagre el derecho de cada hombre y de cada mujer a contraer matrimonio, incluyendo parejas homosexuales. Justamente, esta segunda parte es la que tuvo que ser resuelta por la Corte, saber si las parejas homosexuales tenían acceso a este derecho.

Este asunto inició con la resolución de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República en contra de la reforma al artículo 146 del código civil para el

²²⁹ Jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 20, t. I, julio de 2015, p. 570, del rubro: “DIVORCIO NECESARIO, EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).

Distrito Federal, resuelta el 16 de agosto de 2010. Dicha reforma consistía en definir el matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Se eliminaba la definición sexo-genérica de dicha institución que la limitaba a hombre y mujer. El Procurador consideró que la reforma era inconstitucional porque la institución del matrimonio se deformaba al permitir el acceso a personas del mismo sexo.

La Suprema Corte tuvo que determinar la validez de la norma que permitía el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Consideró que la evolución en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones se había reflejado, hasta entonces, en la implementación de diversas normas y acciones, como la aprobación de leyes que regulan las llamadas "sociedades de convivencia" o "pactos de solidaridad", para reconocer y proteger las uniones de personas del mismo sexo, en diversos países y en el propio Distrito Federal. No obstante, infirió que si bien es cierto que a través de estas figuras se consigue una cierta paridad entre aquellas uniones y el matrimonio, también lo es que tales legislaciones lo equiparan al concubinato, sin que logren alcanzar el mismo reconocimiento y protección jurídica de los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio. Por tanto, juzgó que la existencia de esas figuras no es una limitación constitucional para que el legislador ordinario amplíe el concepto de matrimonio para comprender las relaciones heterosexuales y las homosexuales que, por igual, pueden resultar estables y permanentes.²³⁰

Consideró que, al redefinir el matrimonio, la reforma tuvo como objetivo extender el alcance del mismo a parejas del mismo sexo, por lo

²³⁰ Tesis P. XXVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 879, del rubro: "MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUEL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES."

que se trata de una medida legislativa no restrictiva, pues, por el contrario, equiparaba legamente las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales, razón por la cual, en el caso, el control constitucional se constreñía sólo en un análisis de razonabilidad que permitiera verificar: a) Si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente.²³¹

Reflexionó que, si bien es cierto la Constitución no contempla el derecho a contraer matrimonio, la reforma por la que se reconfigura la institución se inscribe como una medida legislativa constitucionalmente razonable, toda vez que la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo. En tal sentido, y en respeto a la dignidad humana, resulta exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, decida adoptar; razón por la cual ampliar la institución del matrimonio para comprender a las parejas del mismo sexo lejos de contravenir los postulados fundamentales, los refuerza, al igualar las uniones de las parejas, con independencia de si son heterosexuales u homosexuales.²³²

²³¹ Tesis P. XXIV/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 873, del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009).”

²³² Tesis P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 877, del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO

Además, la Corte estableció que el matrimonio de personas del mismo sexo no vulneraban los principios de legalidad y seguridad jurídica, contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución, pues el concepto jurídico de matrimonio se definía claramente, junto con la actuación de las autoridades encargadas de perfeccionar la unión bajo la figura del matrimonio, sin que puedan actuar arbitrariamente, generando con ello certidumbre en los gobernados sobre su registro y consecuencias jurídicas.²³³ Asimismo, estableció que, de acuerdo a la regla contenida en la fracción IV del artículo 121 de la Constitución, este tipo de uniones tenían validez jurídica en todas las demás entidades federativas, aun cuando no la tuvieran reconocida dentro de su propio sistema jurídico.²³⁴

Conjuntamente, hizo una interpretación extensiva para proteger a dichas uniones bajo el amparo constitucional de la familia, que, dijo, no obedece a un modelo específico al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sería insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio, pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre.²³⁵

SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

²³³ Tesis P. XXIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 874, del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO VULNERA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.”

²³⁴ Jurisprudencia P. /J. 12/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 875, del rubro: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009).”

²³⁵ Tesis P. XXIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 871, del rubro “FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES).”

Con posterioridad a esta acción, surgieron una serie de juicios de amparo resueltos por la misma Sala en los que se reiteró la protección a las personas del mismo sexo. De ahí emanaron criterios jurisprudenciales en los que se ha señalado que no existe razón de índole constitucional para no reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, y que la exclusión de éstas a dicha institución por haber regímenes similares, pero distintitos, era discriminatoria.²³⁶ De igual manera, indicó que la definición legal del matrimonio que prevea la procreación como finalidad vulnera los principios de igualdad y no discriminación; que la limitación de la institución a la unión entre hombre y mujer contiene una distinción con base en una categoría sospechosa, y que las normas que impiden el acceso a personas del mismo sexo produce una discriminación al privarles de los beneficios de dicha institución.²³⁷

Caso E. Derecho de libertad de imprenta en medios no gráficos.

El que enseguida se analiza se trata de un caso donde se hizo una interpretación evolutiva de la tradicional libertad de imprenta que sí está reconocida expresamente en la Constitución, para proteger medios de

²³⁶ Tesis 1a. /J. 46/2015 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época, Libro 22, t. I, septiembre de 2015, p. 253; y Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1315, respectivamente, del rubro MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO, y Tesis 1a. /J. 67/2015 (10a.), EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO.

²³⁷ Tesis 1a. /J. 85/2015 (10a.), del rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”; Tesis 1a. /J. 84/2015 (10a.), del rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE DEFINEN LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO LA QUE SE CELEBRA ENTRE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, CONTIENEN UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA”; Tesis. 1a. /J. 86/2015 (10a.), del rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN”, publicadas respectivamente en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época, Libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 184, 186, y 187, respectivamente.

comunicación no impresos. De este asunto tuvo conocimiento la Primera Sala en el amparo directo 11/2011, promovido por una sociedad de directores realizadores de obras audiovisuales, resuelto el 2 de mayo de 2012. En este caso, varios directores de cine presentaron una demanda civil contra una televisora que transmitió obras suyas de manera parcial, mutilada y modificada, sin dar crédito a los autores, por tanto, consideraban que con ello se violaron sus derechos de autor y solicitaban una reparación por daño moral. En segunda instancia, un Tribunal Unitario de Circuito consideró que las televisoras tenían derecho para mutilar las obras cinematográficas, ante esa decisión, los actores interpusieron juicio de amparo, que fue atraído por el Alto Tribunal.

Los quejosos señalaron que el Tribunal de apelación violó los artículos 6° y 7° de la Constitución, por considerar que mediante un contrato privado se pueden mutilar las expresiones artísticas e ideas de los autores de las cintas, y que la sentencia era una afectación a la libre manifestación de las ideas pues avalaba que la televisora deformara y cortara el contenido de sus obras, configurándose finalmente como un acto de censura previa indirecta, dado que se mutilaron contenidos (como lenguaje obsceno y de sexo) bajo el alegato de cumplir con la reglamentación de la Secretaría de Gobernación, en tanto que las alteraciones eran innecesarias porque la normatividad autorizaba que se transmitieran por televisión películas con diversos contenidos, según su clasificación, siempre y cuando se hiciera dentro de los horarios establecidos para ello. Alegaban que el público tenía derecho a conocer las expresiones como fueron formuladas por sus autores, accediendo al contenido de las cintas sin supresiones de diálogos o añadidos que dificulten su visibilidad y comprensión.

Al respecto, la Sala señaló que el párrafo primero del artículo 6° de la Constitución Federal estatuye de manera general la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, reconociendo y protegiendo los derechos a expresar y difundir libremente los

pensamientos, las ideas y las opiniones; así como el derecho a solicitar, recibir y comunicar libremente la información. Lo anterior, salvo que con la manifestación de las ideas se ataque a la moral, los derechos de terceros, se provoque algún delito, o bien, se perturbe el orden público. Refirió que el artículo 7° constitucional reconoce la libertad de imprenta como derecho fundamental para proteger la difusión de la expresión de las ideas sobre cualquier materia, de forma escrita, sin importar el medio que se emplee; esto es, puede ser impresa de manera tradicional, en papel y a base de tintas, pero, también, de modo electrónico, a través de medios de almacenamiento o vía satelital; y con su inviolabilidad, prohíbe a las autoridades y a la ley establecer la censura previa, exigir fianza a los autores o a los impresores, o coartar la libertad de imprenta; pues el derecho fundamental que consagra únicamente está limitado por la vida privada, la moral y la paz pública. La Sala señaló que esta prohibición a la censura previa, abarca tanto a los entes que actúan en nombre del Estado, es decir, a las autoridades como a los particulares que, de forma directa o indirecta, pudieran impedir de manera previa la difusión y circulación de las ideas e información.

Derivado de lo anterior, la Sala estimó que la responsable violó los artículos 6° y 7° de la Constitución, al considerar indebidamente como válido que, mediante un contrato privado, puedan mutilarse o cercenarse las expresiones artísticas e ideas de los directores, ya que se afecta la libre manifestación de las ideas y se obstruye la expresión en materia cultural, así como la autorrealización de los creadores de obras, lo que conlleva a autorizar o consentir que una empresa, como particular, censure de manera previa el material cinematográfico, sin autorización de sus realizadores al momento de modificar la obra, cortando escenas, expresiones y diálogos, así como los respectivos créditos, pasando por alto los derechos morales o la paternidad de la obra y su integridad.

Además, hizo una interpretación armónica de los artículos 6° y 7° constitucionales, de los cuales se infiere que la libertad de imprenta es

una modalidad de la libertad de expresión, encaminada a garantizar su difusión. Tales derechos se encuentran íntimamente vinculados, ya que mientras el primero de los artículos mencionados establece el derecho fundamental a la manifestación de las ideas, el segundo atiende a su difusión, que puede ser de carácter cultural a través de una manifestación artística. La libertad de imprenta protege el derecho a difundir la libre expresión de ideas, de cualquier materia, previéndose la inviolabilidad de este derecho, porque ninguna ley ni autoridad podrán establecer la censura previa, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar tal libertad, lo que constituye una de sus características esenciales, pues si la difusión fuera a condición de su previa aprobación o bajo condiciones, tal derecho se vería coartado de manera radical, afectando a sus titulares en el ámbito de manifestarse con plenitud.²³⁸

En ello se observa una interpretación evolutiva, porque tradicionalmente se ha entendido la libertad de imprenta y prohibición de censura previa en su sentido literal, es decir, como relativo a la industria editorial, tipográfica o a través de la impresión de documentos; sin embargo, atendiendo al dinamismo de las formas de comunicación actuales, al empleo de las nuevas tecnologías, forma de difusión de éstas y acceso a la sociedad, la Corte sostuvo que debe entenderse la libertad de imprenta en un sentido amplio y de carácter funcional, adscribiéndose no sólo la impresión tradicional en papel, sino, incluso, a modos electrónicos, a través de medios de almacenamiento o vía satelital que puedan hacerse del conocimiento del público en general, como las diversas formas audiovisuales, como cine y video, mediante las cuales puede desarrollarse la función que se pretende con la libertad de imprenta, también protegidas por la constitución de la censura previa.

²³⁸ Tesis 1a. CCIX/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, t. I, septiembre de 2012, p. 509, del rubro: "LIBERTAD DE IMPRENTA. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN."

Caso F. Presunción de inocencia

Este caso tiene tres momentos importantes que van desde su imprevisión textual, a su aplicación en otros campos del derecho como el administrativo sancionador, hasta la connotación de nuevos alcances como el principio *in dubio pro reo*. El primero se trata del amparo en revisión 1293/2000, resuelto el 15 de agosto de 2002 por el Pleno de la Suprema. En ese entonces, la Constitución no previa textualmente la presunción de inocencia, la cual se hizo expresa por la reforma constitucional en materia penal del 18 de junio de 2008. En dicho amparo, el quejoso impugnaba la constitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal, que preveía el delito de enriquecimiento ilícito, el cual señaló como violatorio de la presunción de inocencia. Aunque, en el fondo, se negó el amparo al quejoso, el tribunal estudió los conceptos de violación que señalaban la vulneración de la presunción de inocencia, para determinar la constitucionalidad de la norma.

La Corte consideró que si bien, en ese entonces, en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se preveía expresamente la presunción de inocencia en materia penal, el mismo se apreciaba implícitamente en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero; y 102, apartado A, párrafo segundo de la Constitución; en los cuales se apreciaba el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo puede privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido de un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; además del principio acusatorio mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria

de los delitos y la obligación de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos.²³⁹

Por tanto, la Corte infirió que en los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio se resguardaba de forma implícita la presunción de inocencia, dado que el gobernado no estaba obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, puesto que el sistema le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

El segundo momento, se trata de la contradicción de tesis 200/2013, resuelta por el Pleno el 28 de enero de 2014. Para ese entonces, la presunción de inocencia estaba reconocida de modo expreso en la Constitución, pero solo para la materia penal, no para la administrativa en procedimientos sancionadores. Esto produjo una contradicción de criterios entre la Primera Sala, que había determinado que la presunción de inocencia es aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores con algunas modulaciones;²⁴⁰ y la Segunda, que había sentado en otros criterios que tal presunción era exclusivamente aplicable a materia penal y no al procedimiento administrativo.²⁴¹

El Pleno de la Suprema Corte retomó el contenido de la tesis aislada P. XXXV/2002, que se generó en el caso arriba explicado, en el cual sostuvo que la presunción de inocencia se deriva implícitamente mediante

²³⁹ Tesis P. XXXV/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14, del rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

²⁴⁰ Tesis 1a. XCIII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 968, del rubro "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LA APLICACIÓN DE ESTE DERECHO A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DEBE REALIZARSE CON LAS MODULACIONES NECESARIAS PARA SER COMPATIBLE CON EL CONTEXTO AL QUE SE PRETENDE APLICAR."

²⁴¹ Tesis 2a. XCI/2012 (10a.), aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, t. II, enero de 2013, p. 1688, del rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO ES UN PRINCIPIO APLICABLE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR."

interpretación de diversas disposiciones constitucionales. Partiendo de esa base, consideró la presunción de inocencia como uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como efecto de la facultad punitiva del Estado, que además tiene el rango de derecho fundamental y es tanto aplicable como reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador. Por eso, concluyó que la presunción de inocencia es aplicable a ese procedimiento, con matices o modulaciones, debido a su naturaleza gravosa, y que la calidad de inocente de la persona debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción, siendo el efecto de este derecho, entre otros, desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.²⁴²

El tercer momento se trata de una serie de amparos directos (61/2014, 14/2015, 15/2015, 16/2015.) resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los cuales ha establecido que el principio *in dubio pro reo* (ante la duda a favor del procesado) forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia y, como tal, goza de jerarquía constitucional. Para llegar a esa conclusión el tribunal explicó que la presunción de inocencia es un estándar probatorio, pues puede entenderse como una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; por eso, el principio *in dubio pro reo* deriva de la presunción de inocencia estableciendo que si, en un juicio penal, el

²⁴² De esta contradicción surgió la Jurisprudencia P. /J. 43/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, t. I, junio de 2014, p. 41, del rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON MATICES O MODULACIONES.”

Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que absuelva al procesado.²⁴³

Caso G. Derecho a una vivienda digna y decorosa

El derecho humano a la vivienda digna y decorosa sí se encuentra previsto expresamente en el artículo 4° constitucional, además de en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; es uno de los más complicados por su naturaleza de derecho social, los cuales son debatidos respecto a la cuestión de justiciabilidad. En los casos que enseguida se citan, la Corte dio nuevos contenidos al derecho para definir: a) la infraestructura básica que concreta las características de la vivienda digna; b) que comprende la existencia de recursos legales para combatir cuando las características definidas no se cumplen, c) que además comprende la existencia de ciertos servicios básicos. Por tanto, se alude porque son ejemplos de interpretaciones que generan un contenido de manifestaciones no escritas de un derecho humano sí previsto.

El primer caso es el amparo directo en revisión 3516/2013, resuelto por la Primera Sala el 22 de enero de 2014. En ese juicio, una persona combatía las condiciones de una vivienda que había comprado; en una primera instancia, ejerció acción de nulidad en contra del contrato de compraventa. Después, dicha persona interpuso juicio de amparo directo, a razón de que se había omitido interpretar el artículo 4 constitucional en la sentencia combatida, respecto al derecho de una vivienda digna y decorosa, como la había planteado el actor, pues el órgano judicial argumentó que ese derecho era sólo aplicable a la vivienda popular y no a la privada.

²⁴³ De ahí surgió la Tesis P. VIII/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 62, t. I, enero de 2019, p. 468, del rubro IN DUBIO PRO REO. ESTE PRINCIPIO GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL AL CONSTITUIR UNA REGLA IMPLÍCITA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En ese contexto, correspondió a la Primera Sala determinar si era correcto o no que el derecho fundamental a una vivienda adecuada debía exclusivamente limitarse a la vivienda popular, para lo cual recurrió a tratados internacionales así como a documentos del llamado *soft law* a fin de resolver la cuestión. El tribunal consideró que el artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Además, tomó en cuenta la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No. 4 (1991) (E/1992/23), así como los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, además de los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud, durante la Convención de Ginebra, en 1990.

De ellos, concluyó que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa: (a) debe garantizarse a todas las personas (sin distinciones); (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo (solo a la vivienda popular); (c) para que una vivienda se considere "adecuada" requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como de riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto, así como implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro

de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres. Con ello, dio un contenido básico al derecho a una vivienda digna y decorosa reconocido por el artículo 4o constitucional.²⁴⁴

En el amparo directo en revisión 2441/2014, resuelto por la misma sala, el 25 de febrero de 2015, se dieron alcances mayores a dicho derecho. En ese asunto, una persona combatía las condiciones de una vivienda que había sido otorgada por el Estado de Guanajuato en un programa social, pero que a su parecer no tenía condiciones para ser habitable por estar en una zona insegura y alejada de la zona urbana. La Corte reafirmó que el derecho fundamental a una vivienda adecuada no se agota en la infraestructura, pues, en términos de la antes citada Observación No. 4, debe comprender, además, diversos elementos entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios, como son emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Asimismo, el Estado debía asegurarse que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos.

Esto se debe a que el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, además de elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales. Por ello, una infraestructura

²⁴⁴ De aquí surgió la Tesis 1a. CXLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, Materia Constitucional, p. 801, "DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES."

básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos como iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable. De ahí que sí, el Estado debe cumplir también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública.²⁴⁵

Caso H. Derecho a recibir alimentos

El asunto se refiere a los derechos de los niños en relación a los alimentos; los cuales se encuentran consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño en dos vertientes, a) el derecho a un suministro de alimentos nutritivos adecuados previsto para el Estado como una obligación positiva (artículo 24, 2, c); y b) el derecho a que se les asegure el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, (artículo 27, 4). Es respecto a esta segunda vertiente que se ha pronunciado la Corte.

Se trata del amparo directo en revisión 2293/2013, resuelto por la Primera Sala, el 22 de octubre de 2014. El problema a resolver era determinar si en el caso de reconocimiento de un menor mediante sentencia judicial, los alimentos deben retrotraerse a la fecha de su nacimiento. Cuestión que se resolvió afirmativamente por el tribunal. Para abordar el estudio del problema planteado, se hizo referencia a los rasgos esenciales del principio de interés superior de la niñez, así como del principio de igualdad y no discriminación, que sirvieron de marco hermenéutico. A la luz de dichos principios, se hizo un análisis del

²⁴⁵ Tesis: 1a. CCV/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 583, del rubro: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUELLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS.”

derecho de alimentos y su conceptualización como derecho humano. Eso llevó a considerar que los alimentos exceden la legislación civil proyectándose como un derecho humano.

La Corte argumentó que si bien todo reclamo alimentario tiene apoyo en artículos precisos de los códigos civiles aplicables, el derecho de alimentos ha trascendido el campo del derecho civil tradicional involucrando derechos humanos para que todo menor pueda ver satisfechas sus necesidades básicas, como se observa en el artículo 4o constitucional y en diversas disposiciones legales: los niños y las niñas tienen el derecho fundamental a recibir alimentos, los cuales se presumen indispensables para garantizar su desarrollo integral. En otras palabras, el derecho de la niñez a recibir alimentos es en sí un derecho fundamental, de tal manera que los elementos esenciales que integran este derecho se corresponden con varios de los derechos consagrados en el artículo 4o de la Constitución.²⁴⁶

Los que siguen son dos casos del sistema interamericano, y es importante decir que son citados porque los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -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, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado, que tiene fuerza vinculante a nivel nacional como se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional.²⁴⁷

²⁴⁶ Tesis 1a. LXXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, t. II, febrero de 2015, Materia Constitucional, p. 1380, del rubro: "ALIMENTOS. EL DERECHO A RECIBIRLOS CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES."

²⁴⁷ Contradicción de Tesis 293/2011. Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 204, del rubro "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA."

Caso I. Derecho a honrar a los muertos

Este derecho se trata de uno de fuente internacional, pues deriva de la interpretación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, se estima aquí como un derecho que cobra vigencia en el orden jurídico mexicano, pues, como ha establecido el Pleno de la Corte, los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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.²⁴⁸

El caso a analizar se trata de Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, contenido en la sentencia del 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996, años en los que se suscitaron una serie de masacres que son objeto del caso.

La Corte reflexionó sobre el hecho de que la Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “honrar a los muertos”, el cual había sido abordado sólo en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura. En otros casos, el Tribunal se ha referido a la imposibilidad de enterrar a los muertos como un hecho que incrementa el sufrimiento y angustia de los familiares,

²⁴⁸ Jurisprudencia P. /J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 204, del rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

lo cual puede ser considerado en las reparaciones para determinar un monto como indemnización inmaterial a favor de ellos.

No obstante, en el presente caso, durante la audiencia pública, una perita se refirió a la importancia que tienen los rituales de despedida de los muertos en la cultura maya. A causa de eso, la Corte observó que los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha localizado ni identificado la mayor parte de los restos de personas. Pero, por otro lado, tampoco pueden realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de una hidroeléctrica.

La Corte señaló que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales es un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas. Por lo anterior, el tribunal internacional consideró que Guatemala violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 12.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la comunidad de Río Negro.

En este caso, se aprecia el reconocimiento de un nuevo derecho, el derecho de honrar a los muertos que deriva de una interpretación de los artículos de la Convención Americana que contienen el derecho a la integridad personal, en relación con la libertad de conciencia y religión, así como al derecho a la cultura de la comunidad de Río Negro.²⁴⁹

Caso J. Derechos en denuncias de desapariciones de mujeres

Esta interpretación surgió del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, se refleja en la Sentencia del 16 de noviembre de

²⁴⁹ Otro caso relevante al respecto es el Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005

2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Se trata de una ampliación de los derechos de las mujeres por una interpretación conjunta de la Convención Americana y de la Convención Belém do Pará. Conforme a este último documento, la Corte debía interpretar si había una violación al artículo 7 del mismo respecto a los deberes del Estado Mexicano, por lo que en uso de su competencia sobre ambos tratados y de las particularidades del caso, hizo una interpretación de derechos humanos, pero respecto a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

Los hechos del caso sucedieron en ciudad Juárez, Chihuahua, lugar donde había un contexto de alta delincuencia organizada. En este sitio, desde el año de 1993, venían ocurriendo varios crímenes que representaron un aumento en el índice de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. La sentencia del caso es motivada por la desaparición de tres mujeres; Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, quien desapareció el 22 de septiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, de 20 años de edad, trabajadora en una empresa maquilladora, desaparecida el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica, 15 años de edad, desapareció el 29 de octubre de 2001. Aunque sus familiares presentaron las denuncias de desaparición, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar registros de desaparición, carteles de búsqueda, toma de declaraciones y a dar parte a la Policía Judicial.

El 6 de noviembre de 2001, se encontraron los cuerpos de estas tres mujeres, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres estuvieron privadas de su libertad antes de su asesinato. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

En este caso, la Corte concluyó que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al

artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición.

Asimismo, interpretó que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Asimismo, resolvió que México debía observar lo dispuesto en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. De ahí, observó que el deber del Estado de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

De modo que, hay un deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género, que aunque no está escrito expresamente en las Convenciones americanas, logra apreciarse mediante interpretación. Así, surge un derecho de los familiares de las víctimas de desaparición a que se investigue diligentemente en estos casos. Si bien es cierto esta interpretación se expresa como un deber, ha de recordarse que los derechos humanos se enuncian en términos de una relación triádica, se trata de relaciones normativas entre tres elementos: el titular, el destinatario y el objeto del derecho; en la cual, derechos a algo y obligaciones relacionales son dos lados de una misma cosa porque son relaciones conversas, dado que entre deberes y derechos existe una conexión necesaria, si existe un derecho tiene que haber un sujeto obligado a concederlo y a la inversa. La existencia de derechos y de obligaciones para el Estado son, por tanto, correlativos.²⁵⁰

²⁵⁰ Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos...”, *cit.*, pp. 21-24.

2. Balance general de los casos

El propósito que se atenderá enseguida es desarrollar una síntesis de los casos analizados con relación a las hipótesis que se han venido planteado respecto al origen de los derechos, sus métodos de interpretación, las lagunas que colman, y la forma en que se presentan.

En primer lugar, respecto al origen de estos derechos se aprecia que:

1. En los casos A, B, y C, o sea, el caso del derecho a la vida; al mínimo vital y al libre desarrollo de la personalidad, se trata de derechos humanos siempre existentes y reconocidos como tales, pero que simplemente no estaban escritos de modo expreso en el texto constitucional, y se hicieron derivar por implicitud. Estos derechos eran considerados como condiciones necesarias para el goce de los demás derechos, sin embargo, de algún modo, se interpretan como evidentes.
2. Los casos F, H e I, a saber, derechos a la presunción de inocencia, a recibir alimentos y a honrar a los muertos; se tratan de circunstancias siempre existentes y necesarias para preservar la dignidad de las personas, pero que no encontraban alojo en disposiciones constitucionales expresas de la norma fundamental, por lo que, debido a las circunstancias sociales concretas en que se plantea el problema jurídico, surge la exigencia de reconocerlos como derechos constitucionales que forman parte del sistema.
3. En los casos D, E, G, y J, referentes a las interpretaciones relativas al derecho al matrimonio igualitario, de libertad de imprenta, en denuncias de desapariciones de mujeres, y a una vivienda digna y decorosa, se trata de nuevas manifestaciones de algunos derechos siempre existentes, pero cuyos alcances se extienden a nuevos titulares o se dotan de nuevos contenidos, motivado, principalmente, por los contextos sociales donde se reclaman.

De acuerdo a lo expuesto, y según su método de reconocimiento, se aprecia que en su mayoría se trata de interpretaciones argumentativas. Por tanto, es posible considerar que sólo en dos de ellos se habla de estos derechos como una deducción lógica, que serían el caso del derecho a la vida y el de mínimo vital pues se consideran como requisitos indispensables para el goce los demás derechos, pero este método es secundario y viene en apoyo de otras interpretaciones usadas en modo primario. En todos estos casos se privilegian las interpretaciones ya sea textuales o metatextuales:

1. En el caso A, se trata de una interpretación textual de disposiciones jurídicas constitucionales, usando métodos como el sentido contrario.
2. El caso B, es una interpretación sistemática de varios enunciados, recurriendo al uso del derecho comparado.
3. En C, el derecho se hace derivar del valor de la dignidad humana y la autodeterminación de la persona.
4. En el caso D, el reconocimiento viene dado del cumplimiento del valor constitucional de la igualdad.
5. En E, se trata de una interpretación evolutiva, pues se adecua el texto para que sea aplicable a los nuevos avances de la ciencia.
6. En el caso F, hay una interpretación sistemática; se estudia todo el funcionamiento del sistema penal para comprobar la existencia de ese derecho y se analizan varias disposiciones constitucionales.
7. En G, se recurre a la interpretación de organismos internacionales, como es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
8. En el caso H, se interpretan los principios de interés superior y de igualdad para dar reconocimiento como fundamental al derecho a recibir alimentos, y se le encuentra correspondencia con varios derechos del artículo 4 constitucional.

9. En el caso I, se analizaron cuestiones antropológicas para entender la situación de los valores en juego.
10. Para el caso J, fue relevante el contexto de violencia generalizado para hacer derivar una protección especial en favor de las mujeres.

En la mayoría de los casos se hace uso de varios métodos de interpretación para reafirmar la decisión judicial que reconoce el derecho en juego, así se les da una mayor fundamentación. Lo cual es plausible, pues nada inhibe la utilización de varios métodos mientras exista coherencia interna de la decisión, y externa con el orden constitucional.

Respecto al tipo de laguna que se colma, se observa que en todos los casos, con excepción de uno (Caso C), se trata de lagunas nomológicas, es decir, que existen los derechos pero no los enunciados jurídicos que los expresaran, para lo cual fue necesario crear las normas respectivas mediante interpretación. En tanto que en el caso C, se trata de lagunas dikeológicas, los derechos fueron reconocidos ante la falta de justicia de las normas que motivaron la interpretación judicial, y que fueron invalidadas para esos casos.

En cuanto a la forma en que estos derechos se presentan y de acuerdo al esquema hipotético propuesto en el capítulo II, se observa lo siguiente:

Primer supuesto: Reconocimiento de un derecho humano como parámetro de regularidad. En donde se plantea al juez la inconstitucionalidad de un acto, alegando la violación de un derecho humano que no está expresado en la Constitución y que el juez lo reconoce como derivado de otros derechos, para usarlo como parámetro de regularidad. Se cumple en:

1. Caso A, Derecho a la vida. Donde se usó la norma como parámetro de regularidad de disposiciones jurídicas penales que prevenían la no sanción del aborto en ciertos casos.

2. Caso B, Derecho al mínimo vital. Donde se analizó la validez de disposiciones de la ley del impuesto sobre la renta.
3. Caso C, Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Donde se analizó la constitucionalidad de disposiciones del Código Civil respecto a la rectificación de acta de nacimiento, y de la Ley General de Salud respecto al consumo lúdico de mariguana.
4. Caso F, Presunción de inocencia. Donde se analizó la validez de la norma penal que preveía el delito de enriquecimiento ilícito.

Segundo supuesto: Reconocimiento de un derecho humano como consecuencia reparadora. Se plantea al juez la inconstitucionalidad de un acto, alegando que viola un derecho humano reconocido en una disposición constitucional. El juez estima inválido el acto, y ordena se proceda a reparar el derecho, siendo que el efecto de la sentencia puede dar lugar a una prerrogativa que sea estimada un derecho. Se cumple en:

1. Caso D. Respecto al acceso al matrimonio, el cual era negado a parejas del mismo sexo; se alegó la violación del principio de igualdad y se reconoció su validez. Esto se estimó, por sí mismo, como un derecho.
2. Caso I. Respecto a diversos actos que impedían a una comunidad maya honrar a sus muertos conforme a sus tradiciones; ello se estimó una violación a diversos derechos humanos, y para repararlo se reconoció el derecho de honrar a los muertos.
3. Caso J. Respecto a diversas violaciones en la investigación de la desaparición de mujeres, que se estimaron violatorias a derechos humanos, para repararlos se ordenó hacer una investigación eficaz para estos casos.
4. Caso H. Respecto al derecho a recibir alimentos, donde se negaba en una sentencia judicial de primera instancia el pago retroactivo de alimentos a una persona que había obtenido el reconocimiento de paternidad; a través de la interpretación de principios se concluyó que tal derecho existía con el rango de fundamental.

Tercer supuesto: Reconocimiento de un derecho humano a modo de otro existente. Se plantea ante el juez la inconstitucionalidad de un acto, alegando que viola un derecho humano porque no garantiza a cabalidad su realización efectiva. El juez estima inválido el acto e interpreta otros aspectos que deberían comprenderse para su adecuada protección. Lo interpretado son nuevas manifestaciones del derecho en cuanto contenidos o titulares.

Se observa presente en los casos E y G, donde se dijo que los derechos de libertad de imprenta y a una vivienda digna y decorosa tenían un contenido mayor del que se apreciaba en su reconocimiento textual en la constitución, por lo que se indicó el modo en que debía entenderse el contenido de tales derechos. Además, se aprecia la actualización de esta hipótesis de modo adyacente en el caso D, matrimonio igualitario donde, sumado a lo principal, se hizo derivar la protección de las familias que estas uniones conformen, amparadas en el artículo 4° constitucional; y en el caso F, donde el derecho de presunción de inocencia se hizo extensivo a los procedimientos administrativos sancionadores.

Con los casos analizados y las observaciones señaladas, se estima que el esquema propuesto en el capítulo II es útil para ajustar los derechos reconocidos a los supuestos planteados. Desde luego que lo planteado no es un sistema definitivo en sí mismo, sino solo un esquema sugerido con la intención de poder comprender cómo sucede el reconocimiento de los derechos no escritos, por lo que debe ser apreciado como un primer acercamiento al estudio de este tema, y puede ser mejorado o ampliado si se continua el análisis de casos.

3. Reflexiones inmediatas

En este apartado se pretende esbozar algunas reflexiones que se relacionan de manera inmediata con el reconocimiento de los derechos humanos no escritos, ya sea porque son condición necesaria para que

sucedan o porque son una consecuencia. Se trata del papel de los jueces como garantía de la Constitución, de la hermenéutica jurídica y del concepto de constitución abierta, como necesarios para posibilitar ese reconocimiento; por último, la completitud del sistema constitucional de derechos humanos como una consecuencia.

3.1. Los jueces como garantía de la Constitución

En la actualidad, la garantía jurisdiccional de la constitución se ha consolidado como el medio más ampliamente aceptado de control constitucional por sus ventajas, prueba de ello es la existencia cada vez mayor de los Tribunales Constitucionales.²⁵¹ En esta función, los jueces tienen una responsabilidad y un papel más alto del que generalmente se les ha venido reconociendo, pues resulta que ellos mismo son parte de la garantía y pueden ayudar con sus decisiones a la construcción de una democracia sustantiva. Destacar el papel de los jueces es importante porque los derechos humanos, para adquirir plena vigencia y efectividad, requieren en mucho de las garantías que la Constitución otorga, y se confía a los jueces la defensa de los derechos.

Esta labor es tan importante que, por ello, de acuerdo con Otto Bachof, el compromiso de proteger los derechos fundamentales debe ser confiado precisamente al juez, como instancia de control pues, por estar lleno de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones; requiere personas de notoria experiencia en temas de Derecho y de prácticas constitucionales.²⁵²

²⁵¹ Véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*, trad. Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016; asimismo Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Porrúa, 2015; y del mismo autor *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, *cit.*, pp. 55-66.

²⁵² Bachof, Otto, *Jueces y constitución*. Madrid, Civitas, 1985, pp. 37-56.

Díaz Revorio describe, para el caso de España, la posición del Tribunal Constitucional como la de un comisionado del Poder Constituyente, cuya legitimidad radica, en cuanto a su origen, en la voluntad del Poder Constituyente y en la necesidad de mantener la supremacía constitucional. Si se sigue esta interpretación para el caso mexicano, es posible encontrar que la legitimación del Poder Judicial de la Federación, y sobre todo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los que la constitución encomienda el control de la constitucionalidad, es dada por el propio constituyente, quien confía a ellos el mantener la regularidad constitucional de los actos emanados del poder constituido, sobre todo por cuanto hace a los derechos humanos.

Perfecto Andrés Ibáñez opina que el constitucionalismo de derechos tiene por efecto reconfigurar la relación legislador-ley-juez, haciendo que la jurisdicción se instaure en garantía de esos derechos, y donde su legitimidad no viene por elección sino por sujeción a la Constitución, y pueden por eso llegarse a adoptar posiciones contra-mayoritarias.²⁵³ La posición actual de los jueces en la división de poderes ha cambiado, ya no muestran subordinación incondicional al legislador mediante su obediencia ciega a la ley. María Luisa Balaguer Callejón señala que si se quiere crear una teoría adecuada de la interpretación de las normas, es de todo exigible concentrarse en la función jurisdiccional, no como ha venido haciéndose desde la sumisión a la ley, y entender que la sumisión del juez al Derecho no implica necesariamente la sumisión a la ley, sino, en todo caso, a un sistema de fuentes establecido. Si se considera la posibilidad de que el juez se mueva, no en el ámbito de la ley, sino en el del ordenamiento, la función jurisdiccional tiene una centralidad propia y definida en el marco del conflicto de intereses que particulariza a la

²⁵³ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, pp. 77-96.

actividad jurisdiccional.²⁵⁴ Es decir, se trata de romper el paradigma respecto al juez y su posición.

Sobre los modelos de juez, es altamente conocido el trabajo de Francois Ost, intitulado “*Júpiter, Hércules, y Hermes: tres modelos de juez.*” En ese ensayo, explica que el derecho trabaja prácticamente con dos modelos de juez que a la vez simbolizan dos modelos de derecho; el primero sería Júpiter, asociado con el modelo liberal-legal, de forma piramidal y deductiva; desde lo alto, el derecho adopta la forma de la ley y se expresa de manera imperativa, representando la ley, de la cual se deducen las decisiones particulares. El otro modelo es Hércules, que representa la fuente del derecho válido, asociado con el derecho social; la pirámide se invierte, el juez es monopolizador de la jurisdicción. Frente a ellos, propone al Juez Hermes, que está en una red, no en una pirámide, sino en una multiplicidad de puntos de interrelación; este juez se encuentra en una dialéctica entre la trascendencia y la inmanencia.²⁵⁵ Se halla, así, una respuesta moderada entre dos modelos, que busca el equilibrio para dar soluciones adecuadas a la realidad, pero compatibles con el sistema.

Luis Prieto Sanchís, estudiando si el control jurisdiccional de la constitución implica una particular concepción del derecho, como ideología iusnaturalista o positivista, concluye que es imposible trazar una correspondencia pura categórica con alguna de ellas, más bien, parece haber parte de ambas.²⁵⁶ En tanto, Mauricio Fioravanti sostiene que las actuales constituciones y los tribunales han impactado en la realidad histórica y social; en ese papel, la ampliación de la función jurisdiccional ha nacido de la necesidad de dar respuestas concretas a

²⁵⁴ Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 51-55.

²⁵⁵ Ost, Francois “*Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez?*”, *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 14, 1993, pp. 169-194.

²⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2014, pp. 21-99.

problemas que surgían de la práctica de manera compleja y que no podían recibir soluciones del tipo sí-no, válido-inválido, tradicionales en el positivismo, por lo que hubo que dotarse de instrumentos más flexibles para ser utilizados en la interpretación por parte de los jueces. Todo eso se traduce en una construcción del orden político y jurídico, pues estos pasan por la vía judicial, en particular, de la interpretación de la ley en el ejercicio de impartir justicia, que presupone la presencia de la Constitución como norma jurídica.²⁵⁷

El papel del juez, respecto a una actitud garantista o activista, ha sido estudiado como el viejo problema entre iusnaturalismo o positivismo, entre la aplicación rígida de la ley, o de la justicia. Por otra parte, el activismo judicial ha llegado a criticarse, de manera muy severa, como una puerta a la anarquía.²⁵⁸ Pero, como opina Carlos Parodi Remón, estas posturas no son sistemas de decisión, sino actitudes; por lo que resalta el activismo como lo más viable para obtener la realización de la justicia, no obstante, hay que notar que cualquiera que sea la que se elija debe tenerse presente en todo momento que las resoluciones judiciales han de ser la expresión de los valores que inspiran el texto de la Constitución.²⁵⁹

Para Modesto Saavedra, el único uso permisible del derecho es el uso democrático, lo que significa ahondar en la Constitución y extraer de ella todas sus consecuencias. Ese uso equivale a una interpretación democrática que tiene un carácter crítico, eso significa la denuncia de todos aquellos enunciados que pongan obstáculo para la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y que impiden la autonomía del individuo. Empero, ésta no es una crítica total,

²⁵⁷ Fioravanti, Mauricio, *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora Cañada et al., Madrid, Trotta, 2014, pp. 102-103.

²⁵⁸ En ese sentido, Barzotto, Luis Fernando, "Positivism, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial", en Mora Gabriel (coord.), *Retos del Derecho Constitucional Contemporáneo*, Colombia, Astrea, 2013, pp. 51-78.

²⁵⁹ Parodi Remón, Carlos, "¿Activismo o garantismo judicial?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. X, pp. 311-366.

pues no se puede denunciar la constitución, ya que es su base. El crítico es un interlocutor con el legislador, que discute sobre el valor del texto legal. Así, de la forma en que el Poder Judicial realiza su función le viene dada su legitimidad.²⁶⁰

Jaime Cárdenas afirma que hoy la democracia implica el respeto de los derechos humanos de todos, incluidas las minorías, y es esta democracia la que entabla también las reglas de qué y qué no se debe decidir, a saber, de los derechos humanos. Por eso, el juez se legitima democráticamente cuando defiende los derechos de las minorías, cuando realiza una tutela judicial efectiva, y cuando se orienta a proteger los derechos humanos para consolidar una constitución normativa. Siendo necesaria una nueva cultura jurídica donde el juez no se asuma como un burócrata, sino como un activo defensor de la constitución y de los derechos.²⁶¹ Nótese que aunque el juez controla el poder democráticamente electo, no es electo democráticamente como poder, por tanto, su legitimación viene de su actuación, de su servicio a la democracia, la cual necesita de los derechos humanos para existir, tales como la libertad de expresión.

No obstante, la actitud poco activista de la Corte llegó a recibir severas críticas. Por ejemplo, Agustín Pérez Carrillo señalaba que una evaluación de las resoluciones de la Corte revelaba la carencia de una concepción de justicia constitucional, por sostener con cierta obstinación el respeto de la ley a la letra, lo que imposibilita el desarrollo de una teoría constitucional más allá de la repetición de los preceptos constitucionales, así, cancelaba la función de construir un sistema de justicia constitucional que sirviera de orientación a las demás autoridades y

²⁶⁰ Saavedra, Modesto, *Jurisdicción, Constitución y Derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 41-57.

²⁶¹ Cárdenas, Gracia, "Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional", en Ferrer McGregor, Eduardo, et al. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. V, pp. 81-102.

particulares. Añadía que la justicia constitucional es insuficiente si no se propicia simultáneamente un cambio en la mentalidad de quienes administran justicia. Destacaba, por ello, la importancia de que los jueces amplíen su capacidad de comprensión de los problemas planteados y de las situaciones vitales en que se crea la ley y en las que se aplica, para lo cual es necesario que los jueces construyan más allá del dogmatismo, y adquieran una actitud positiva consistente en interpretar de manera progresiva los derechos humanos previstos en las disposiciones constitucionales.²⁶²

Al respecto, Arturo Zaldívar y Ana Laura Magaloni, en su evaluación a diez años de la reforma constitucional al Poder Judicial hecha en 1995, criticaban que aunque la Corte se había consolidado como un actor político importante, no asumía de mayor manera su poder real para impactar en la construcción de una democracia sustantiva, entendida como el deber de garantizar que la acción de gobierno se lleve dentro del marco de determinados valores, que quedan recogidos en los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Definían los tribunales constitucionales como un instrumento eficaz al servicio de los derechos y libertades del ciudadano, pues con sus sentencias se logran proteger intereses sociales al margen de agendas políticas, valores esenciales de una democracia. Los jueces deben asegurar que la Constitución sea una fuente eficaz de derechos para los ciudadanos y no una mera carta política.²⁶³

Hoy, sin duda alguna, el panorama ha cambiado. Con la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, se generó un nuevo modelo constitucional que reconfiguró la justicia. Ramón Ortega hace notar varias características de ese modelo, del cual se retoman las siguientes: a) Hay mayor presencia de principios, los cuales son invocados

²⁶² Pérez Carrillo, Agustín, “La administración de justicia constitucional”, en Malem, Jorge et al. (comp.), *La Función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 112-114.

²⁶³ Zaldívar, Arturo y Magaloni, Ana Laura, “El ciudadano olvidado”, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007 pp. 111-120.

por los jueces. Piénsese en el artículo 1° constitucional. b) Aparecen nuevas formas de relación entre las normas del derecho. Los principios reconfiguran la forma en que se relacionan las normas más allá de la jerarquía. c) No todo el derecho aplicable emana del Estado. Los tratados internacionales y la jurisprudencia de sus intérpretes y aplicadores son normas para los jueces. d) El derecho no siempre es producto de una autoridad. Los derechos humanos son reconocidos y no otorgados, esto implica una existencia independiente del acto de autoridad estatal. e) Se abre paso a una noción de validez material de las normas jurídicas. Una norma carece de validez si vulnera los derechos humanos reconocidos en la Constitución. f) El derecho tiende a ser generalmente indeterminado. Hay valores y principios que requieren concreción por parte del intérprete. g) Dominan los casos difíciles. Hay casos donde la frontera entre derecho y moral llega a difuminarse, y el razonamiento judicial se abre a la moral. h) Se impone una nueva concepción de la función judicial, el juez adquiere un protagonismo inusual.²⁶⁴ La función judicial se debe ajustar al nuevo modelo de derechos humanos que no puede seguir pensándose en términos formalistas.

Indudablemente, se han roto muchos dogmas de la tradición formalista jurídica y, también sobre lo que es justiciable. Thury Cornejo hace notar que al poder judicial se han llevado a solucionar una serie de demandas acrecentadas por el déficit representativo de las democracias. Es decir, el ciudadano acude a los tribunales a defenderse de las decisiones tomadas por las mayorías democráticas. Ante la falta de respuestas de sus demandas en sede política, acude a la jurisdicción a buscar soluciones concretas. De ese modo, el juez constituye una carta para la representación política al confluir sobre demandas de satisfacción de intereses que no encuentran otro cause de acceso al sistema

²⁶⁴ Ortega García, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México: Estudios sobre constitucionalización del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 142-144.

institucional.²⁶⁵ Obsérvese, para el caso mexicano, el matrimonio igualitario que en ciertos estados de la república no es reconocido y es muy difícil que las leyes respectivas se modifiquen por el legislador local, pues los afectados no tienen la representación democrática suficiente para lograr esos cambios por la vía legislativa, entonces, se acude a la vía judicial como opción más realizable.

El juez tiene una posición diferente en la producción normativa, ahora goza de facultades para solucionar los casos que se le plantean incluso juzgando la acción legislativa. Ello genera que los jueces empiecen a tener legitimidad en la medida en que resuelven los problemas que se les presentan. El juez es una instancia directa frente al ciudadano en representación inmediata del poder estatal, al cual puede acudir tal vez con mayor facilidad y eficiencia que ante el legislativo o el ejecutivo. Los jueces llega a ser una autoridad estatal más inmediata a la gente, más dispuesta a solucionar sus problemas, no con base en una legitimación electoral, sino racional. Con las reformas en materia de derechos humanos y de amparo, el acceso a la justicia se ha modificado en modo cuantitativo y cualitativo, pues ahora los ciudadanos pueden someter a la jurisdicción una serie de cuestiones que antes les estaban vedadas, como por interés legítimo.

Sin duda, hoy el juez constitucional tiene una misión muy importante a fin de salvaguardar la supremacía y vigencia constitucional haciendo prevalecer el sistema de valores que la Constitución proyecta, sobre todo de los derechos humanos. Esto significa un crecimiento en su labor interpretativa, que no representa una libertad arbitraria sino más bien descubridora por parte del juez, quien, regresando al tema, se debe concentrar en la posibilidad de proteger nuevas exigencias sociales como

²⁶⁵ Thury Cornejo, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, pp. 257-258. Además, se recomienda Ferejohn, John A. et al., *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008.

derechos, a partir de los diferentes elementos que se concentran en la Constitución, para hacer explícito lo implícito.

3.2. La hermenéutica jurídica

Por hermenéutica se entiende, básicamente, la actividad que se dedica a la interpretación de los textos, no obstante, ésta tiene una connotación mayor, sobre todo en filosofía. Siguiendo esta línea, no debe ser hostil a los juristas recurrir a tal disciplina. Debe tenerse presente que en ella han tenido lugar discusiones amplias sobre los temas más importantes del Derecho. Dworkin señaló la conveniencia de que los jueces estén próximos a ella, sobre todo porque, en el proceso de toma de decisiones, afrontan problemas que requieren juicios sobre cuestiones morales que son objeto de estudio profundo en la filosofía.²⁶⁶ Lo cierto es que amplía la visión de los jueces y da mayores elementos para resolver los casos. Por eso, es considerablemente pertinente adoptar ahora de aquella la noción de hermenéutica.

De entrada, Hermenéutica es una palabra de origen griego (ἑρμηνευτικός –*hermēneutikós*). Significa anunciar, traducir, explicar, interpretar, el arte de la comprensión, traer a la luz algo que está oculto. Se relaciona con Hermes, el enviado que llevaba los mensajes de los dioses a los hombres. En la época antigua consistía en traducir lo manifestado de modo extraño al lenguaje inteligible por todos.²⁶⁷

La filosofía hermenéutica representa una de las dos corrientes que predominaron en el siglo XX y que tuvieron repercusión en todas las ciencias bajo lo que se conoce como el giro lingüístico, al cual no fue ajeno

²⁶⁶ Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?”, trad. Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 32, Abril 2010, pp. 7-29.

²⁶⁷ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II*, 3ª ed., trad. Manuel Olasagasti, España, Sígueme, 1998, p. 95.

el Derecho (la otra es la filosofía analítica).²⁶⁸ Manuel Atienza ha estudiado cómo la hermenéutica y la filosofía analítica han influido en la interpretación del derecho; caracteriza a éstas con la contraposición tradicional entre iusnaturalismo y positivismo, de modo que el primero se asociaría con el modelo hermenéutico, y el segundo con la filosofía analítica. Para la hermenéutica, el problema jurídico fundamental es la comprensión de los fenómenos humanos, a la cual se llega por la interpretación. Para sus representantes, el derecho debe ser identificado como una práctica social compleja, donde se privilegia el estudio del discurso, que solo puede captarse en el contexto que lo dota de existencia y operatividad.²⁶⁹

En la hermenéutica, la comprensión es el núcleo de la interpretación. Lo que busca es la unión entre la comprensión y la explicación. Si bien es cierto el objeto de la hermenéutica es el texto, el texto puede entenderse como lo susceptible de ser textualizado: el mundo y la realidad. Se habla entonces de la textualidad, que hay que decodificar y contextualizar. La finalidad del acto interpretativo es la comprensión que tiene como intermediaria la contextualización, o sea, poner un texto en contexto.²⁷⁰

La hermenéutica implica ir más allá de usar la interpretación para extraer el significado, se preocupa por entender el mensaje, entender la comunicación. En la hermenéutica tienen importancia el autor y el contexto. Es comprensión, involucra saber “qué quiere decir lo que se

²⁶⁸ Véase Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación: ensayos filosóficos*, trad. Pere Fabra et al., Madrid, Trotta, 2002, pp. 65-98.

²⁶⁹ Atienza, Manuel, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”, en Andrés Ibáñez, Perfecto, *La experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 121-138.

²⁷⁰ Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, UNAM, 2015, pp. 18-19.

dice”. Viola y Zacarria también señalan que el centro de la hermenéutica no está en la interpretación, sino en la comprensión.²⁷¹

Mauricio Beuchot, filósofo mexicano, define la hermenéutica como una disciplina en que se conjugan elementos de racionalidad y de intuición, de sensibilidad, la cual se extiende más allá de los textos, pues llega a las prácticas que se relacionan con ellos. Señala que ésta ha tenido una aplicación basta en el terreno de lo jurídico, como en el caso de los derechos humanos, donde propone que sean vistos como un texto vivo en su aplicación a la sociedad, tanto en el caso de su protección como de su violación.²⁷²

De esta manera, la hermenéutica jurídica sería, según Mauricio Beuchot, la interpretación de los textos jurídicos.²⁷³ Para Hans-Georg Gadamer, la hermenéutica jurídica aparece como un género que se caracteriza por una competencia normativa, donde el intérprete no sólo comprende, sino que expresa una norma. En suma, desempeña un papel importante entre la generalidad del derecho y el caso particular.²⁷⁴

Esta corriente surgiría, sobre todo, en los llamados sistemas continentales de derecho por una crisis del modelo dominante, el modelo positivista dogmático; inspirando la configuración de propuestas superadoras que se armonizaran más con la realidad jurídica.²⁷⁵ Surgió, entonces, un debate entre interpretación y argumentación, según el cual cada una de estas actividades respondía a una determinada postura del derecho, entre el Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, entre teorías como las positivistas y las

²⁷¹ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe *Derecho e Interpretación*, trad. Ana Cebeira, et al., Madrid, Dykinson, 2007 p. 418.

²⁷² Beuchot Mauricio, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 15.

²⁷³ Beuchot Mauricio, “Introducción”, en Díaz Romero, Juan, *Imagen elemental de la Hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Coordinación de Compilación y Sistematización, 2012, p. XIII.

²⁷⁴ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II...*, cit., p. 108.

²⁷⁵ Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 14-15.

neoconstitucionalistas.²⁷⁶ Al respecto, el hermeneuta francés Paul Ricoeur propone no encontrar rivalidad entre ambas operaciones, antes bien, hablar de un entrecruzamiento de interpretación-argumentación, como sucede entre explicación y comprensión.²⁷⁷

Uno de los primeros en sostener el uso de la hermenéutica en el derecho fue Arthur Kaufmann, quien propuso la superación de los paradigmas interpretativos del Derecho natural y del positivismo jurídico (contenido textual de la ley positiva versus normas iusnaturalistas supralegales), en los cuales aparéntemente no cabía tercera opción. Plantea que la ley ha de concretizarse siempre en la respectiva situación histórica; pues sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que “piensa” la ley. Hay que preguntarse sobre el contenido material de la ley, si el texto legal resulta adecuado, pues, de lo contrario, sería imposible una “comprensión” de la correspondencia entre contenido material y texto legal. Comprender un texto no es algo puramente receptivo, sino un proceder práctico y conformador, a través del cual *se hace* el derecho. La comprensión de normas legales y contenidos implica una actividad creadora del que interpreta. En este sentido, la hermenéutica jurídica pretende evitar la ilusión de que la aplicación del derecho consiste en una subsunción exacta del caso en la ley. Para la comprensión de una norma, se necesita siempre una precomprensión, sin la cual el juez nunca podría poner en correspondencia la ley y el caso. No obstante, esto no es reivindicar el subjetivismo judicial, sino sólo afirmar un proceso concreto que debe surgir a partir de la reflexión, la argumentación, el intersubjetivismo y el consenso de los participantes. El derecho natural

²⁷⁶ Vigo, Rodolfo L., *La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39-84.

²⁷⁷ Ricoeur, Paul, *Lo justo*, 2ª ed., trad. Agustín Domingo, Madrid, Caparros Editores, 2003, pp. 157-175.

racionalista y el positivismo jurídico, habían convertido al juez en funcionario. La hermenéutica jurídica quiere devolverle personalidad.²⁷⁸

De nuevo, Giuseppe Zaccaria indica que la hermenéutica jurídica se presenta como una teoría del derecho que parte desde la centralidad del momento interpretativo para definir el mismo derecho. La interpretación, en particular, la dada por el juez, se entiende como un momento privilegiado para la *comprensión* del derecho, que no se puede definir *a priori* con respecto a su aplicación, como si se tratara de un objeto observable desde el exterior. El derecho se asume como parte de una práctica social y los valores ético-políticos son parte importante y esencial de los conceptos jurídicos, el juez no puede dejar de considerarlos, dada su función de intermediario entre la norma y el caso concreto, como tampoco a la finalidad del derecho y los valores compartidos por una comunidad. Por consiguiente, en la teoría hermenéutica, existe tanto la posibilidad de que el razonamiento judicial tenga contacto con la dimensión axiológica, como la posibilidad de connotar la decisión judicial, que siempre es, en cierta medida, creativa, en un sentido no arbitrario.²⁷⁹

Modesto Saavedra califica a las corrientes hermenéuticas como los análisis teóricos más elaborados sobre la actuación judicial. Señala que a ellas se debe el reconocimiento de que la interpretación del derecho tiene lugar de una manera circular, es decir, que se produce una mutua referencia entre el texto y el intérprete (círculo hermenéutico), además de la producida entre la norma y los hechos. La interpretación responde a necesidades y expectativas del intérprete, que condicionan el proceso para

²⁷⁸ Kaufmann, Arthur, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, trad. Andrés Ollero, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, Universidad de Granada, núm. 50, 2016, pp. 133-142. Publicado en alemán en 1977. Así como Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Villar et al., Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2006, pp. 98-99, y 172-173.

²⁷⁹ Zaccaria, Giuseppe, “Hermenéutica jurídica, comprensión del Derecho, traducción”, en Hermida del Llano, Cristina et al., (coord.), *Una filosofía del derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*, España, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 601-616.

la determinación del sentido y del resultado obtenido. Es necesario que quien se dispone a leer un texto lo haga siempre con la intención de dejarse decir algo por él; debe haber una relación de comunicación, de diálogo, para arrojar luz sobre el objeto que se trata de comprender.²⁸⁰

Un acercamiento interesante a la hermenéutica jurídica es la propuesta hecha por el Ministro Juan Díaz Romero. Para él, el intérprete por excelencia es el juez; derivado de ello, señala una serie de peculiaridades que derivan del carácter autoritario de los jueces en la hermenéutica, a saber: 1. El autor del texto jurídico es una autoridad y su voluntad se traduce en un mandato imperativo; 2. En materia judicial, el juez intérprete también es autoridad; 3. Lo resuelto por el intérprete obliga a las partes e impone respeto a terceros; 4. El texto jurídico pone límite a las interpretaciones, debe ser interpretado con coherencia y racionalidad; 5. Debe haber precomprensión en la hermenéutica jurídica (formación profesional y experiencia en el manejo de conceptos); 6. Hay un círculo hermenéutico en la comprensión jurídica, esto es; el juez debe recorrer varias veces el caso y el texto, viajar en este círculo reiteradamente, para lograr una solución; 7. Sistemas de Control, en la hermenéutica jurídica debe haber racionalidad para combatir la arbitrariedad.²⁸¹

Alflen da Silva destaca que es en la tarea del poder judicial donde puede exigirse desvelar, descubrir y realizar en decisiones los valores inmanentes en el orden jurídico constitucional, que no llegan a expresarse de manera completa en los textos de las leyes escritas, en un acto de reconocimiento valorizador, mediante un análisis fenomenológico para

²⁸⁰ Saavedra, Modesto, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1994, pp. 114-118.

²⁸¹ Díaz Romero, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 45-57.

dar solución a los casos concretos. Es ahí donde opera la hermenéutica.²⁸²

Vittorio Frosini opina que la interpretación jurídica no es la aplicación mecánica de un mandato, sino una actividad creadora en el sentido propio del término; la afirma como actividad demiúrgica²⁸³ que “*de un conjunto de circunstancias y condiciones simultáneamente presentes en una relación contextual, obtiene como resultado una estructura, mediante la cual se establece entre las partes una relación circular de coherencia que tiende —como fin— a su utilización práctica*”. El intérprete actúa como un armonizador, para compatibilizar intereses jurídicos en un nuevo contexto homogéneo que antes eran elementos dispares —ley antigua y hecho reciente—, y se ordenan en una estructura compleja. Para llegar a una interpretación jurídica, es necesario establecer una relación entre el conjunto de datos reales y el acontecimiento práctico; corresponde al intérprete decidir cómo debe interpretarse la ley en su significado operativo, que implica una solución unitaria y exclusiva, fundamentada en el deber ser, instancia que surge de la acción hermenéutica.²⁸⁴

Para Luis Street, cuando el juez está interpretando la Constitución, lo hace debiendo encontrar un resultado constitucionalmente justo, se trata de que la constitución sea cumplida y de dar una respuesta constitucionalmente adecuada, o sea, de una respuesta hermenéuticamente correcta en relación con la Constitución. Tal decisión sobrepasa el aspecto explicativo, porque la decisión constitucionalmente adecuada es aplicación. Afirma, entonces, que la interpretación del derecho es ante todo un acto de integración, cuya base es el círculo

²⁸² Silva Kelly, Susane Alflen da, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. de Humberto Orduz Maldonado, Bogotá, Temis, 2006, p. 285.

²⁸³ Adjetivo alusivo al demiurgo que, en la filosofía platónica, es la divinidad que crea y armoniza el universo.

²⁸⁴ Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. Jaime Restrepo, Bogotá, Temis, 1991, p. 12-13.

hermenéutico, donde el todo debe ser entendido por la parte, y la parte solo adquiere sentido por el todo. No se trata de hallar respuestas definitivas, sino adecuadas.²⁸⁵

Para Gadamer, la hermenéutica jurídica destaca por el reconocimiento de la aplicación como momento integrante de toda comprensión. Comprensión y aplicación son parte del mismo proceso unitario.²⁸⁶ El juez no sólo aplica el derecho concreto, con su sentencia, contribuye por sí mismo al desarrollo del derecho (jurisprudencia).²⁸⁷ La hermenéutica jurídica representa, para el mismo autor, el modelo de relación entre pasado y presente. Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente, tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. En ese caso, comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente. Lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o unos cuantos casos cualesquiera de su aplicación. La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación. La complementación productiva del derecho está reservada al juez, pero éste se halla, a su vez, sujeto a la ley. En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles, sino a una ponderación justa del conjunto. En el derecho hay un incremento de contenido por la capacidad complementadora de la sentencia del juez.²⁸⁸

En materia de derechos humanos, según Beuchot, la hermenéutica serviría para interpretar los derechos que hace falta positivizar con el fin de ayudar al hombre, puesto que “*se aplica para interpretar al ser humano y*

²⁸⁵ Streck, Lenio Luiz, *Hermenéutica y decisión judicial*, Bogotá, Pontificia Universidad, 2013, p. 169.

²⁸⁶ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, 13ª ed., trad. Ada Agud Aparicio, España, Sígueme, 2012, p. 380.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 71.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 400, 401 y 414.

poder asignarle los derechos que le hacen falta, que le convienen, que son para su bien". Si esto no es así, asevera, el derecho mismo carece de significado. Para él los derechos humanos surgen de la interpretación del hombre, de la hermenéutica del ser humano.²⁸⁹

Es por todo lo anterior, que importa atender a la hermenéutica jurídica. Esta corriente pretende alejarse de la manera tradicional de entender el derecho y de operar en la práctica profesional, rebasando los condicionamientos ideológicos de la dogmática y postular una práctica que sea un instrumento para la realización de la dignidad de la persona. Un intérprete judicial no debería de resolver buscando solo la norma aplicable al caso y su significado, como en una operación mecánica, cuando lo que se discute es un caso donde lo que está en juego es la dignidad de la persona, por el contrario, debe esforzarse por comprender el contexto del problema, la realidad de la situación, así como el significado de lo que está por resolverse; esto más que implicar un simple ejercicio interpretativo de la ley, exige acción hermenéutica.

La defensa de un río o de una montaña por una comunidad indígena, como defensa de su identidad cultural o de su medio ambiente, no puede ser comprendida a cabalidad si el intérprete judicial no se preocupa por comprender el contexto del problema que se le pide resolver. Una interpretación de la norma en este tipo de asuntos resulta insuficiente porque se queda en el nivel mínimo; es necesario que el juez tome en cuenta los elementos que configuran el problema, preocupándose por entender cómo es que lo defendido es parte de la vida diaria de aquel pueblo, y esto sólo se puede lograr mediante la comprensión.

El derecho no debe ser visto como algo que le resta posibilidades a la persona para la realización efectiva de su libertad y de su proyecto vital, antes, debe de entenderse como algo que ofrece posibilidades para la realización de esa tarea, como un orden que protege a la persona. Ha de

²⁸⁹ Beuchot Mauricio, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, cit., p. 15.

tenerse en cuenta que el derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio; el fin es la persona a quien debe proteger. La hermenéutica es, por eso, una herramienta útil, se sirve de la experiencia del intérprete y designa la capacidad de comprender del ser humano.

3. 3. Constitución abierta y derechos humanos

Un elemento importante para considerar la posibilidad de reconocer derechos humanos no escritos en la norma fundamental se relaciona con la forma misma de concebir la Constitución. La posibilidad de reconocer derechos como si estuvieran en el texto fundamental sólo es posible bajo un concepto específico de Constitución: el de “Constitución abierta”.

De acuerdo con Lucas Verdú, para poder hablar del concepto de “Constitución abierta”, es necesario separarse de la visión proveniente del positivismo jurídico decimonónico, en la que es percibida como plenitud del ordenamiento jurídico, como un todo completo, cerrado, y autosuficiente. A su juicio, apertura constitucional quiere decir que las constituciones actuales los Estados democráticos se abren a la recepción de otros conjuntos normativos que se incorporan al ordenamiento propio, como en el caso de instrumentos internacionales de derechos humanos; o a otros elementos normativos (derecho comunitario); extranormativos (usos y costumbres) y metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material). La apertura significa que hay muchas más cosas dentro de un texto constitucional y fuera de él, que le dan sentido; en la medida que un texto fundamental está inserto en un medio cultural y sociopolítico, hay que deducir su apertura, pues estas dimensiones tienen relevancia jurídica.²⁹⁰

²⁹⁰ Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993, pp. 9-11.

Por su parte, Coello Nuño da algunas otras características de dicha apertura:²⁹¹

- a) La cláusula *numerus apertus*. La enumeración de derechos en la Constitución es el mínimo y no niega otros derechos.
- b) Es un texto fundamental receptivo y dinámico: El *open textur* o “texto abierto”, se refiere a la capacidad de recibir elementos tanto jurídicos como extra y metajurídicos, considerados axiológicamente idóneos.
- c) Dinamismo constitucional. Toda Constitución abierta está inmersa en una fuerza que produce movimiento: la realidad social. Toda constitución ha de ser elástica. La constitución es expresión de una situación social cambiante.
- d) Estar en la Constitución. Permite su adecuación con la realidad e interpretación por el órgano jurisdiccional competente, la sociedad puede reflejarse en ella.
- e) Reconoce y confirma postulados axiológicos. La Constitución está en posibilidades de reconocer elementos metajurídicos en forma de valores.
- f) Reconoce y confirma postulados iusnaturalistas. Los derechos naturales son reconocidos en la Constitución abierta porque se reconoce la naturaleza del hombre y su dignidad.
- g) Reconoce los derechos humanos. En la praxis jurisdiccional, los tribunales constitucionales y las supremas cortes de justicia desempeñan un papel trascendental en la constante interpretación de los derechos humanos.²⁹²
- h) Reconoce y recibe el derecho internacional. Contiene apertura a la celebración de tratados internacionales, de donde han surgido nuevos derechos.²⁹³

²⁹¹ Coello Nuño, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, México, México Universitario-José María Bosch Editor, 2005, pp. 42-43 y 101-143,

²⁹² *Ibidem*, pp. 228-234.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 264-265.

Sin duda alguna, este modelo de apertura es identificable en la Constitución Mexicana que, por poner algunos ejemplos, recibe a los tratados internacionales dentro de su texto (artículos 1° y 133); otros elementos normativos como los de los pueblos y comunidades indígenas (artículo 2°, A, fracs. II, y III); extranormativos como las costumbres de los mismo pueblos (art. 2°); y metanormativos como los principios de los derechos humanos, o los valores de la educación nacional (artículos 1° y 3°).

Al respecto, Peces-Barba habla de la apertura del llamado subsistema de derechos fundamentales. El concepto de derechos fundamentales no se puede construir sólo en la dimensión positiva, debe trascender, pues estos se alimentan de la realidad social dado que tienen su fundamento en los valores morales de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad, así como una dimensión histórica que les vincula con la cultura y con la sociedad. Lo anterior significaría que tanto el ordenamiento jurídico constitucional, como los subsistemas que lo constituyen son abiertos, lo que se puede entender en dos sentidos: por un lado que los supuestos de aplicación de las normas no prevén todas las posibilidades de la realidad y, por consiguiente, la aplicación tiene una dimensión inexorablemente creativa que debe completar los criterios que le vienen del propio sistema con otros que vienen de fuera; por otro lado, que la realidad social y cultural de un momento histórico se confronta con el derecho, los valores, el intereses y la utilidad social que representan, además de presionar para influir, modificar y reorientar a ese ordenamiento y su aplicación. Una Constitución que contenga un subsistema de derechos supone ser especialmente abierta y sensible para facilitar el trasvase de nuevas exigencias, para que se produzcan por las vías autorizadas como nuevas normas.²⁹⁴

²⁹⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, et al., *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, cit., pp. 257 y ss.

Ello presupondría un primer nivel en la interpretación de derechos, donde existe una zona central de claridad que no exige recurrir a criterios ajenos a las normas para permitir una aplicación adecuada; pero cuando esa zona no existe, pueden encontrarse elementos internos del sistema a través de una interpretación analógica o extendida de otros derechos, aplicando el principio de libertad como norma general, doctrina jurisprudencial, o algún otro criterio suministrado por el propio ordenamiento. Con lo cual, se puede vislumbrar que el subsistema de derechos es abierto porque se enriquece con flujos de energía y de información que le vienen del entorno social, cultural y moral. Esta apertura del sistema constitucional a la realidad social se constituye en una forma razonable y sensata de favorecer la eficacia y la actualización de los derechos, pues, hoy, es comprensible la existencia de determinados fenómenos económicos y culturales, así como descubrimientos científicos y tecnológicos, que no pudieron haber sido previstos por el Constituyente.²⁹⁵

De igual modo, para el jurista español, en esa apertura debe haber un lugar necesario para la moralidad. Una moralidad pública, que tenga como objetivo central crear condiciones sociales a través del derecho, para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad, los valores de libertad, igualdad, solidaridad, que son el punto de partida de los derechos fundamentales. Esa moralidad debe ser incorporada a través de tres canales, que son: a) el momento del legislador, creador, modificador o derogador de normas generales, en sus dos escalones de constituyente y ordinario; b) el momento del juez, aplicador concreto de normas en este ámbito; c) y el momento mixto de cauce de comunicación que podría llamarse del juez legislador, que corresponde, en parte, a la acción de Tribunal Constitucional.²⁹⁶

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 262 y ss.

Respecto a la incorporación al sistema jurídico de nuevos derechos, opina que cuando una moralidad, pudiendo incorporarse al Derecho positivo, no lo está en un momento histórico, se está ante la moralidad crítica, frente a “pretensiones morales justificadas”²⁹⁷ que constituyen derechos fundamentales y que presiona, a través de los ciudadanos y de sus organizaciones, para que el Estado la asuma en su Derecho positivo. Puede suceder que se incorpore mediante las decisiones de los jueces al interpretar derechos fundamentales en zonas de textura abierta o de penumbra. Más concretamente, el Tribunal Constitucional puede completar, desde dimensiones sistemáticas, derechos fundamentales al recoger pretensiones morales, convirtiendo esa moralidad crítica en legalizada. Cuando ese proceso culmina se está ante derechos fundamentales. Un derecho fundamental, como toda norma de Derecho positivo, no se termina cuando alcanza ese status jurídico, en cambio, entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta al propio sentido y la función de tal derecho. Es así que, la acción de los operadores jurídicos, en el desarrollo legal, reglamentario o judicial de los derechos forma parte también del ámbito de interés de la comprensión de los mismos en el análisis de su función.”²⁹⁸

Peter Haberle señala la pluralidad y la apertura de las fuentes del derecho, pues en la actualidad las Constituciones no fijan un canon cerrado, en su lugar, incorporan fuentes abiertas, como los derechos humanos internacionales, los principios generales del derecho, incluso, las referencias generales al “Derecho”. Así, las “mezclas” flexibles tanto de los métodos de interpretación como de las “fuentes del derecho” permiten la conservación del Estado constitucional en el curso del tiempo. En ese sentido, indica que los nuevos constituyentes se caracterizan porque se muestran abiertos a nuevas fuentes del derecho, como otros derechos

²⁹⁷ Peces-Barba define derecho fundamental como una pretensión moral justificada recibida en el derecho positivo. Véase *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, cit., p. 29.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 32.

fundamentales distintos de los existentes por escrito (cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales), y ocasionalmente al derecho natural. Así, también, destaca la tesis del quinto método de interpretación, pues la comparación de los derechos fundamentales se convierte en indispensable. El intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar en consideración siempre los textos universales y regionales sobre los derechos humanos.²⁹⁹

Para Herman Heller, la constitución debe ser vista como realidad social, que siempre será complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos normados, pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina solamente por su letra, sino, además, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan. Al lado del contenido normativo de la Constitución, están aquellas normatividades extrajurídicas que tienen decisiva importancia para la validez y el contenido de las normas constitucionales. Si se prescinde de la normalidad social, la Constitución como mera formación normativa expresaría muy poco sentido. Toda creación de normas es, ante todo, un intento de producir, mediante normatividad creada conscientemente, una normalidad de la conducta acorde con ella. La suma de los preceptos jurídicos existentes no constituye un sistema lógicamente cerrado y unitario; son siempre una obra humana con lagunas e imperfecta. Al jurista incumbe la misión de colaborar en la creación de la unidad estatal organizada, valiéndose de la unidad jurídica sistematizada, se halla autorizado, expresa o tácitamente, a interpretar los preceptos jurídicos existentes en tal forma que hagan posible la estructura activa organizada estatal, produciendo con este fin un sistema lo más cerrado posible. La validez jurídica positiva del derecho

²⁹⁹ Haberle, Peter, *El Estado Constitucional*, 2ª ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 118-120, y 153-156.

constitucional se basa en el hecho de que la norma cobra vigencia y se mantiene gracias a la actividad humana.³⁰⁰

En general, se puede apreciar cómo es que el derecho constitucional se decanta por reconocer la apertura de la norma fundamental para adaptarse a las nuevas exigencias sociales en la protección de derechos no escritos. Esta teoría se encuentra respaldada por una *praxis* jurídica que, principalmente, ha sido encabezada por los jueces constitucionales. Además, dicha apertura tiene consigo otra consecuencia: la completitud del sistema.

3.4. La completitud del sistema constitucional de derechos humanos

Es visible que ha sucedido un cambio en la concepción teórica del Derecho, que no se limita a definirlo como conjunto de normas, sino como un sistema compuesto por éstas. Eso implica que las relaciones existentes entre las normas son definitivas, porque configuran un orden, un sistema jurídico. Así, en ocasiones, suele usarse el concepto de ordenamiento jurídico por el de sistema, sin embargo, a la larga, se sitúa la atención del análisis en el sistema, por lo que pueden ser usados como sinónimos puesto que el ordenamiento jurídico es un concepto útil para definir el carácter sistemático del derecho.³⁰¹

Ricardo Caracciolo considera que lo que define al conjunto como sistema es la relación o relaciones existentes entre sus piezas, esto es, la estructura; a través de lo cual es posible definir que si una norma

³⁰⁰ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 2ª ed., trad. Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 316-353.

³⁰¹ Balaguer Callejón, Francisco, *La proyección de la constitución sobre el ordenamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 23-24; Bulygin hace la distinción terminológica entre sistema jurídico, como conjunto de normas, y orden jurídico, secuencia de los sistemas jurídicos, de modo que la relación de pertenencia es de las normas al sistema, y de los sistemas al orden. Pero este estudio de relaciones es más propio de la lógica. Véase Bulygin, Eugenio, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 45-49.

cualquiera satisface esas relaciones pertenece al sistema.³⁰² La formulación del concepto de sistema jurídico como un orden unitario se vincula a Kelsen, quien sostuvo que el orden jurídico tiene remisión a una norma fundamental que establece las condiciones de validez del resto de las normas.³⁰³ Empero, a diferencia del jurista austriaco que la vinculaba a una norma hipotética, esa norma fundamental se puede identificar con la Constitución, como principio esencial del sistema jurídico. En el Derecho, la unidad se garantiza por medio de la Constitución como norma central del ordenamiento que otorga valor al resto de las normas y a través del cual se pueden controlar. De modo que si se quisiera encontrar la validez de las sentencias que mediante interpretación reconocen derechos no escritos, como normas individualizadas, se ha de remitirse a la relación con la Constitución como norma fundamental.

La razón por la que interesa el argumento del sistema, es para saber, en primer lugar, si las normas que derivan de la interpretación judicial y que reconocen derechos humanos pertenecen al sistema. Resulta innegable que las normas constitucionales de los derechos humanos permiten su desarrollo y ampliación, pues éstas determinan las autoridades y los procedimientos que quedan autorizados para la ampliación posterior de los derechos. Como prueba de ello está el artículo 1° de la Constitución, segundo párrafo, donde se encuentra una regla de reproductibilidad, pues señala como procedimiento autorizado, tratándose de derechos, la interpretación, cuando apunta: *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”* En el tercer párrafo del mismo artículo, se señalan los principios de universalidad,

³⁰² Caracciolo, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 2008, pp. 47 y ss.

³⁰³ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado...*, cit., p. 129 y ss.; así como *Teoría Pura del Derecho: introducción a la ciencia del derecho*, 3ª ed., trad. Moisés Nilve, México, Coyoacán, 2019, pp. 135 y ss.

interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que se podrían considerar como requisitos para la formación normativa que aseguran la continuidad regular de los contenidos de las normas de derechos humanos.

Además, la constitución, en su artículo 94, le da autoridad a los órganos judiciales para dos cosas: 1) interpretar la Constitución y 2) que esas interpretaciones sean obligatorias para otros tribunales conforme a un criterio de jerarquía, lo que, desde luego, es un mecanismo de preservación normativa. Se puede ver que la norma constitucional permite ampliar el contenido de los derechos por interpretación, siempre y cuando se sigan los principios de formación que la misma autoriza, donde los jueces pueden llegar a ser autores de normas que siguen siendo parte del sistema.

Según Norberto Bobbio, se puede concebir al Derecho no como un conjunto de normas, sino como ordenamiento, es decir, como sistema normativo, lo cual se traduce en normas que conforman una unidad por la relación que guardan entre ellas.³⁰⁴ Estas relaciones serían la unidad, la coherencia y la plenitud, que son rasgos esenciales que permiten identificar un sistema jurídico. Además, logran que el sistema sea realmente operativo y dé respuesta a las necesidades de los ciudadanos, haciendo posible la seguridad jurídica. De esta forma, interesa ahora abordar la plenitud.

La plenitud del ordenamiento se señala como un dogma que expresa su fe en que la ley prevé todos los supuestos a resolver. Sin embargo, este dogma quedó superado rápidamente por el evidente hecho de que la ley, al igual que del Estado legislativo, es incapaz de regular el dinamismo social y hacer frente a las necesidades de la sociedad. La proliferación de vacíos normativos hizo necesaria la revisión del dogma, de modo que ya no es un presupuesto previo del ordenamiento jurídico ni

³⁰⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho...*, cit., p. 143-154.

del proceso de interpretación-aplicación del derecho; se trata de un resultado tendencial del proceso, desde una perspectiva dinámica. “*El ordenamiento, por tanto, no es ya completo, sino completable, en la medida en que los agentes jurídicos pueden integrar los vacíos normativos, las lagunas, mediante los procedimientos establecidos por el sistema jurídico.*”³⁰⁵ En ese sentido, la Constitución Mexicana prevé como uno de esos procesos la interpretación de las normas de derechos.

La plenitud se refiere a que el orden jurídico debe tender a resolver las demandas sociales que se le presenten, no es una cuestión de la extensión de las normas, o sea, si el ordenamiento regula toda conducta social, si no se refiere a si el derecho atiende a las necesidades técnicas de aplicación del mismo derecho, se trata de que el ordenamiento debe ser completable. De acuerdo con Francisco Balaguer, la plenitud del ordenamiento es una exigencia formal que se basa en: 1. Que todo ordenamiento jurídico pueda dar respuesta a cualquier controversia jurídica que se plantee, y 2. La exigencia de que esa respuesta se ajuste a las normas pertenecientes al ordenamiento. Esas dos reglas se manifiestan en la obligación de los jueces de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiendo al sistema de fuentes establecido que vincula a otros principios constitucionales como el de tutela judicial y seguridad jurídica.³⁰⁶ Desde luego, aquí se opta por creer que estas dos obligaciones se encuentran en el sistema mexicano, si se atiende por ejemplo al artículo 17 constitucional que prevé la garantía de acceso a la justicia, que obliga a emitir resoluciones de manera completa, igual que al artículo 1º constitucional, que prevé la interpretación conforme.

De acuerdo con Manuel Segura Ortega, la plenitud del ordenamiento jurídico no debe ser entendida en términos absolutos, como la existencia de una norma concreta que se refiera a cada caso, sino que debe ser entendida como la habilitación de medios necesarios para

³⁰⁵ Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.* p. 35.

³⁰⁶ *Idem.*

solucionar un problema con instrumentos del propio sistema jurídico. Según el autor, este dogma es propio de los sistemas de derecho continental porque en los sistemas del *common law* no existe, debido a diferencias significativas como el poder creativo del juez, a quien se le reconocen facultades para completar el ordenamiento.³⁰⁷

En tanto, la plenitud del sistema jurídico, para Sainz Palacios, está predeterminada por el sistema de fuentes o modos reconocidos de producción del derecho; así, distingue la plenitud relativa, por la cual el ordenamiento prevé una serie de criterios y mecanismos de integración jurídica. Tras la aplicación de los diversos métodos reconocidos por el sistema, se consigue obtener un ordenamiento jurídico que no tiene lagunas o, mejor dicho, tiene mecanismos adecuados para colmarlas. Por tanto, propone una concepción realista del principio de plenitud, en la cual se debe atender al elemento empírico, como en el modelo anglosajón que considera que derecho es el efectivamente regulado por las decisiones judiciales y que lo hacen materializarse en la sociedad misma, con lo que las soluciones se elaboran de manera constante y tienen por resultado la integración del derecho.³⁰⁸

Por su parte, Carlos Cossío crítica la plenitud del ordenamiento jurídico como la yuxtaposición o suma de normas, las cuales contemplan todos los casos, y donde el juez no tiene más que buscar en ese repertorio la aplicable a cada caso, dado que el todo no constituye la suma de las partes. Para él, el orden jurídico resulta pleno porque autoriza al juez a buscar la norma aunque haya silencio o insuficiencia de leyes, justamente, mediante la interpretación judicial, por lo que la función judicial integra el concepto totalizador del ordenamiento. Pues “*no hay Derecho sin función judicial*”.³⁰⁹

³⁰⁷ Segura Ortega, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 41-43.

³⁰⁸ Sáinz Palacios, Inmaculada, *El ordenamiento jurídico, la plenitud*, Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 18-19 y 91.

³⁰⁹ Cossío, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 174 y 175.

Los jueces tienen una posición de intérprete privilegiado, porque su interpretación se relaciona con una controversia concreta que necesita ser resuelta, por eso, su discurso posee un impacto inmediato y vinculante para las partes sobre las que se pronuncia. La interpretación del juez constitucional está destinada, básicamente, a la acción, es una interpretación para la aplicación. Su objetivo es solucionar el caso y no agudizarlo o dejarlo inconcluso, por eso implica una gran responsabilidad hacia el sistema.

En síntesis, se puede decir que, el sistema significa la relación que las normas guardan entre sí, tanto en la pertenencia como en la unidad, coherencia y plenitud. Respecto a esta última, no se refiere a que el sistema es completo porque prevé y resuelve todas las hipótesis posibles, al contrario, lo es porque reconoce la posible existencia de lagunas y establece procedimientos para colmarlas, especialmente, a través de la función judicial y de su interpretación autorizada, por tanto conviene más hablar de la completitud del sistema. Eso lleva al problema de cómo lograr la armonía entre las interpretaciones de derechos no escritos para evitar disfunciones, o falsos derechos. Conduce, además, a plantear la pregunta qué características deberían de cubrirse para determinar que un derecho es efectivamente un derecho humano. La respuesta, para esta tesis, se cree posible hallarla en las pruebas que deben hacerse para evaluar tal cualidad.

Al analizar si una pretensión tiene el status de derecho humano, se debe verificar que éste tenga ciertas características mínimas que lo armonicen con otros. En ese sentido, Pedro Serna y Fernando Toller hacen ver que los jueces deben buscar la armonía de los derechos antes que su oposición. Es claro que la constitución no necesariamente es un sistema, pero es preciso interpretarla como si lo fuese, no hacerlo aislando sus disposiciones, sino de modo conjunto, evitando contradicciones, y solo admitiendo las interpretaciones compatibles. Se deben evitar interpretaciones equivocadas de derechos que no resulten verdaderamente

fundamentales. Esta unidad interpretativa está garantizada por la unidad material de los derechos fundamentales, porque la exigencia de una vida digna del hombre necesita unidad. Una hermenéutica constitucional adecuada debe partir necesariamente de la unidad del orden jurídico y de la unidad de la constitución, lo cual no equivale a considerarla como un sistema acabado, pero sí de maximizar la potencialidad de todas las normas que consagran derechos.³¹⁰ Ambos autores exponen ciertos presupuestos metodológicos que aquí se retoman para construir una propuesta interpretativa que asegure la coherencia de los derechos humanos y evitar así incurrir en interpretaciones relativas o subjetivas.³¹¹

A. Unidad de la naturaleza humana. Tras los derechos está la persona. Se debe tener presente que los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen una vida digna, de proteger los bienes humanos básicos y que guardan relación con el modo de ser del hombre, ello no puede traer consigo exigencias contradictorias porque el ser humano es unidad. Cualquier teoría de los derechos humanos debe presuponer un modo específico de la persona que se proyecta en todos, esto es, la existencia de la naturaleza humana. Los derechos están armónicamente interrelacionados con respecto al sujeto que protegen. Aunque los fines son diversos, todos tienen una referencia común que es la persona misma, de ahí se puede inferir una imposibilidad de conflicto entre estos derechos, porque la naturaleza del hombre no es posible que se contradiga. En la misma naturaleza de ese ser se encuentra la imposible contraposición de sus derechos. La persecución de un bien que lesione o ponga en riesgo a otro, no es un bien real, sino aparente. La interpretación en la unidad de la naturaleza humana implica que la Constitución y

³¹⁰ Serna Bermudez, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 33-35.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 91-99.

los derechos humanos sean interpretados como un sistema, por eso adquiere importancia hermenéutica el principio de dignidad de la persona y el fundamento de los derechos humanos, porque hacen posible la interpretación sistemática de los derechos.

- B. Test de prioridad. Rezagar un derecho es rezagar a la persona. Una interpretación jurisdiccional que postergue un derecho tiene como resultado postergar a los sujetos de derecho, a las personas que son sus titulares. De modo que se puede considerar que se está frente a un derecho humano cuando la postergación de la pretensión exigida ponga en riesgo a la persona. La pretensión debe ser prioritaria para el bienestar de la persona.
- C. Test de universalización y armonización. No toda aspiración es un derecho. Los derechos son expresión de exigencias procedentes de bienes de la persona y no cotos de arbitrariedad tolerados. Un derecho es tal en tanto cumple ciertas condiciones, de entre las que destacan dos. La posibilidad de su universalización, es decir, que se pide a las personas respetar un derecho del cual ellas mismas pueden gozar. Y la armonización de las pretensiones subjetivas candidatas a convertirse en derecho contra otras pretensiones dignas de respeto y protección. Un derecho debe nacer ajustado al sistema mediante dos test; el de universalización y el de armonización.
- D. Test de legitimidad. No se debe admitir ningún abuso del derecho. No se puede aceptar ningún derecho sin fundamento, ni ningún ejercicio de derecho que no sea justificable desde dicho fundamento. El derecho debe ejercitarse de forma legítima tomando en cuenta sus resultados sobre los particulares. De modo que, la ley no debe amparar el uso abusivo, considerando como tal el que excede sus límites por dañar a otros. Significa evaluar que el derecho es legítimo porque no es abusivo, es decir, porque no daña a nadie.

Francisco Javier Ansuátegui señala que interpretar es producir una norma porque las normas son obtenidas mediante interpretación; así como el legislador interpreta la constitución para emitir las normas generales, el juez interpreta la Constitución para emitir normas individuales. Por tanto, estas norma deben guardar un determinado tipo de relación, necesariamente no contradictorio, con los requisitos de validez formal y material a partir de los cuales se identifican las normas pertenecientes al sistema, la cual en el caso de los derechos fundamentales es peculiar.³¹²

Las normas sobre los derechos humanos, aunque abarcan una serie de complejos y diversos contenidos, pueden tener cabida en el discurso si mantienen regularidad y unidad en el sistema, si provienen de los procedimientos de formación constitucionalmente autorizados, y en tanto guarden semejanza con la forma de los elementos preexistentes en el sistema y estén de conformidad con sus conceptos.

Peces Barba plantea, sobre este tema, la posibilidad de considerar al sistema jurídico como integrado por subsistemas, los cuales están constituidos por normas cuya unidad se fija en atención a diversos criterios; en el caso de los derechos, estos son en materia y formal. Este subsistema ocuparía el punto más alto del sistema y serviría como criterio de identificación de la validez material de las demás normas jurídicas, por su relación con otros valores como la dignidad, la libertad o la igualdad, que son fundantes del orden jurídico general. Puede hablarse, entonces, de un subsistema de derechos fundamentales, es decir, que los derechos constituyen un conjunto de normas entrelazadas y con origen común que procede como derivación inmediata de la norma básica, y que en sus contenidos realizan de manera directa los valores constitucionales.³¹³

³¹² Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 35.

³¹³ Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, cit., p. 245 y ss.

Con todo lo anterior, es posible retomar la idea de la completitud del sistema de derechos del jurista argentino German J. Bidart Campos. Este autor expresa que los principios, valores y derechos no dependen inexorablemente de que la constitución contenga cláusulas explícitas que los mencionen, menos aún, de que los reconozcan o proclamen con tales denominaciones expresas. Para él, una constitución escrita no se agota en su articulado ni es su vocabulario, sino que se completa con su espíritu, sus principios, sus valores, sus fines, su raíz histórica, de sus “*silencios y sus implicitudes*”.³¹⁴

Por otro lado, plantea el problema de si para el funcionamiento de los derechos es menester una norma de reconocimiento, y explora la bifurcación de si los derechos humanos exigen para su positivización una norma previa, que sea “escrita”, o bien, que pueda no estar formulada por escrito. Su posición es que, si por norma positiva previa se entiende única y necesariamente una norma de reconocimiento de los derechos que se halle formulada por escrito, tal norma no hace falta. En cambio, propone admitir que, en el campo del derecho constitucional material hay derecho no escrito cuyas normas no constan en una formulación expresa. Para que el hombre titularice derechos y los pueda ejercer no hace falta, con necesidad absoluta, la existencia de una norma escrita que sea previa y anterior.³¹⁵

En paralelo, indica que del lenguaje normativo de la Constitución se puede inferir que el plexo de derechos no queda cerrado ni agotado en su declaración o enumeración expresa, es decir, que éstas no son taxativas y que, fuera de cada una y de todas las normas referentes a derechos, la Constitución da cabida a otros implícitos tanto en su orden normológico cuanto en su sistema de valores, en su ideología, en su filosofía, o acaso también en su tradición histórica. Extiende estas ideas

³¹⁴ Bidart Campos, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa...*, cit., pp. 47-50.

³¹⁵ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 352-354.

a la implícitud de las garantías tutelares, en tanto que, sea en forma expresa o en forma implícita, el lenguaje normativo tiene que abrirse claramente en favor del acceso a la jurisdicción de los justiciables con referencia a los derechos humanos.³¹⁶

Según el jurista argentino, un sistema de derechos en un Estado democrático goza de una completitud abarcadora, porque el espacio en el que existen tales normas dispone, como estructura subyacente, de principios, valores, fines y razones históricas que son inherentes al orden nomológico y que, por ende, son capaces de colmar sus lagunas en aquella zona donde hay derechos que carecen de normas, que a la vez pueden guiar la interpretación de las normas que consignan derechos.³¹⁷ Claro que esto se sostiene en la tesis de que los derechos no se constituyen en la normatividad positiva, sino que en ella solamente se reconocen.

Un sistema de derechos humanos es completo porque se compone no sólo de derechos que disponen de normas escritas, sino, también, de los que no tienen esa constancia escrita, pues estos cuentan con recepción en el plexo de principios y de valores que insuflan a la Constitución y que acompañan a lo que la letra consigna. Por ende, ningún derecho queda sin respuesta cuando se interpreta y se integra al conjunto normativo de la constitución utilizando una dinámica y un activismo que logran la sistematización coherente y armonizante. Extendiéndose a los fines de la Constitución, también haya una condición para maximizar el plexo de los derechos mediante una interpretación integradora hecha por el juez, que lo haga valorar el sistema completo de derechos con todo su arsenal de principios, valores, fines y razón histórica. Por eso, una Constitución tiene que poseer aptitud elástica para que, a través de la interpretación y la integración, vaya absorbiendo las

³¹⁶*Ibidem*, pp. 383-385.

³¹⁷ Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos...*, cit., pp. 58 y ss.

necesidades y las transformaciones de la sociedad al ritmo del tiempo histórico, conservando la persistencia propia de un orden jurídico de base.³¹⁸

La completitud del sistema de derechos humanos requiere estimar los principios, los valores, los fines y la razón histórica que el complejo normativo aloja, ya expresa o ya implícitamente, y que están puestos como orientación para la interpretación integradora. Esto se comprueba por el propio orden de las constituciones escritas, con la cláusula de derechos implícitos, con esto se demuestra que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros derechos y para saber cuáles son los que carecen de norma, se alude a remisiones diferentes en su vocabulario: la forma republicana de soberanía popular, la naturaleza humana, la dignidad del hombre, etc. Con las cláusulas de derechos implícitos, se confirma la tésis constitucional de maximizar u optimizar los derechos, porque advierte que su sistema no se cierra ni se agota en una enumeración taxativa de su declaración de derechos y, a la inversa, asigna al sistema de derechos la apertura y elasticidad necesarias para incorporarle, mediante interpretación, la cobertura de bienes, valores y necesidades no protegidos.³¹⁹

Los jueces, en ese sentido, quedan autorizados por la Constitución para darle vigencia a la misma norma, con el fin de preservar el sistema cuando está comprometido de verdad con los derechos humanos. Su labor consistiría en preservar el compromiso constitucional de defender a la persona en los aspectos más indispensables. Pero debe haber una fuerte vinculación entre esa interpretación y la Constitución, por lo que la actuación judicial no es libremente valorativa, no puede alejarse de los contenidos establecidos por el discurso constitucional, a riesgo de ser interpretaciones inválidas.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 64-75

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 61-64 y *Teoría general de los derechos humanos...*, cit., pp. 423-424.

Es innegable el papel activo y creativo de los jueces en el proceso de positivización de los derechos. El juez constitucional debe realizar una labor ampliadora del discurso de los derechos humanos, a fin de salvaguardar la supremacía y vigencia constitucional dando *vis expansiva* a sus contenidos. En ese panorama, podría verse al ordenamiento jurídico constitucional como abierto y, por eso, completo; pues las normas o enunciados que lo conforman no prevén todas las posibilidades de la realidad, por consiguiente, en la aplicación se debe completar los criterios del propio sistema con otros que vienen de fuera, al cual quedarán integrados por guardar la regularidad que aquel exige, posibilitando así su completitud.

A manera de cierre, es necesario recordar que la realidad social y cultural de un momento histórico presiona para influir, modificar, ampliar y reorientar el discurso constitucional de los derechos humanos; es ahí donde destaca como cauce de producción discursiva la interpretación judicial de la Constitución que permite adecuar el contenido de los derechos humanos a la realidad, de un modo más inmediato y para una problemática concreta. A fin de cuentas, los derechos humanos no están sólo en los enunciados que los representan, sino en los fenómenos que los constituyen.

CONCLUSIONES

Primera. Sobre la existencia de derechos humanos no escritos. Es posible afirmar la existencia de derechos humanos no escritos en el texto de la Constitución. Esta afirmación sólo puede tener cabida en la idea de que los derechos no son una creación voluntarista del Estado, sino que son reconocidos por él, mediante el proceso de positivización constitucional, pero son preexistentes a las normas, al menos en un sentido moral o ético. Los derechos humanos no son un producto acabado y finito, que termina en la dimensión positiva, deben ser vistos atendiendo al progreso histórico y social que impone nuevos retos para su cabal comprensión. Estos derechos tienen una progresividad ingénita que los diversifica, amplía y expande conforme a nuevas necesidades que se justifican en el valor de la persona. Estas nuevas situaciones no fueron previstas por el Poder Constituyente, no obstante, esa falta de previsión no se traduce automáticamente en una desprotección o negación de derechos. Una protección constitucional real y efectiva, aunque necesita de la dimensión positiva, no puede quedar reducida a ella, negando la incorporación de otras exigencias legítimas y justificadas que busquen la satisfacción de necesidades inherentes a la dignidad.

Segunda. Sobre la teoría de los derechos implícitos. La teoría de los derechos implícitos se identifica con la existencia de los derechos no escritos. Esta consiste en declarar que existen derechos aunque no haya disposiciones jurídicas que los enuncien, siempre y cuando sean acordes con los principios constitucionales; responde a la idea de que el fin último de las normas es el bienestar de la persona que no puede quedar limitado a un catálogo escrito. La recepción de los derechos humanos en un texto constitucional, bajo la fórmula de un listado taxativo, no es absoluta y completa. Ese catálogo sólo abarca los derechos con formulación

normativa explícita, pero fuera de él, cabe la posibilidad de encontrar otro grupo de derechos susceptibles de colmarse recurriendo a la implícitud, vale decir, a los principios, valores, historia, filosofía, y fines del sistema constitucional, que va más allá de un texto escrito.

Tercera. Sobre la interpretación como medio de reconocimiento. Es necesario reconocer los derechos no escritos para darles protección, a fin de mantener la vigencia de la Constitución que, en el tercer párrafo de su artículo 1°, declara que todas las autoridades tienen la obligación de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. La interpretación judicial es un medio idóneo para incorporar esos derechos al sistema jurídico. El contenido de los derechos no se reduce al discurso escrito, antes bien, es posible su ampliación por los jueces mediante la interpretación de su texto. Los derechos humanos, aun cuando han sido reconocidos por la Constitución, tienen un contenido que es adaptable a las circunstancias específicas en que se reclamen, mediante la concreción de la norma general; los jueces constitucionales pueden hacer esta tarea por autorización expresa del mismo texto que, en su artículo 1°, faculta a interpretar las normas relativas a derechos humanos.

En tanto que, la solución para lograr una protección de derechos humanos no escritos es hacer un reconocimiento usando la interpretación de la Constitución. Así se puede vincular un derecho no escrito a los derechos que sí lo están, usando como nexos la implícitud, es decir, considerando que un derecho está incluido en la Constitución sin que esta lo exprese.

Cuarta. Sobre la identificación de los derechos implícitos como normas implícitas. Se puede identificar la teoría de los derechos implícitos con la de las normas implícitas para lograr que sean reconocidos. Para ello, se deben diferenciar las disposiciones jurídicas como enunciados normativos; de las normas como significado de

aquellos. La disposición jurídica es el objeto de la actividad interpretativa, la norma es su resultado. Las normas implícitas, para este caso, suponen contar con una norma existente que se refiera a derechos humanos, de manera explícita, y que pueda servir de fundamento para derivar otra norma que también procure la protección universal de las personas, siempre en sintonía con los demás postulados constitucionales. Las normas implícitas, es decir, normas carentes de disposición específica, sólo pueden gestarse a través de un sujeto y una actividad concretamente determinadas; el sujeto es el juez constitucional y su actividad la interpretación. Tratándose de los derechos humanos estos no son las normas, sino el fundamento de ellas; por el contrario, las normas sirven para darles protección a aquellos.

Quinta. Sobre la doble dimensión de los derechos y la interpretación conforme a principios y valores. Es necesario reconocer que los derechos humanos tienen dos funciones o dimensiones: la objetiva y la subjetiva. Por la dimensión objetiva, los derechos son una prolongación de la Constitución como norma de identificación y producción de normas. Por la dimensión subjetiva, se asumen como derechos subjetivos de aplicación directa. Para interpretar nuevos derechos, es más importante la concepción objetiva de estos, porque a partir de ellos se desarrollan y concretan los valores superiores y fines de la Constitución.

Si se considera los derechos humanos entendidos como normas que expresan principios, estos son la puerta a la interpretación de otros derechos. La Constitución tiene una serie de principios que pueden fungir, por su estructura, como normas generales abiertas, a fin de gestar una norma más específica para un caso concreto que sea fundamento para la protección de una exigencia justificada no prevista como derecho. El juez puede apelar a otros derechos humanos, o bien, a principios y valores superiores para solucionar el caso. La construcción de una solución, en ciertas ocasiones, implica una concreción de un principio;

concretar la norma general para el caso particular. Labor que sólo se puede hacer en la vía judicial, porque en las controversias judiciales se aprecia el supuesto de hecho al que será aplicable una norma general ya que existe en la Constitución.

Sexta. Sobre la forma de presentarse de los derechos humanos no escritos. Se entiende por derechos humanos no escritos tres posibilidades: 1. Se trata de derechos humanos nuevos; 2. De una ampliación de derechos humanos ya reconocidos, en cuanto a sus titulares, o en relación a sus contenidos, y 3. Son derechos humanos que en la constitución simplemente no fueron enunciados, mas no hay duda de su condición como tales. Respecto a darles reconocimiento, consiste en encontrar identidad de una pretensión con algún derecho humano reconocido en la Constitución, de admitir la legitimidad de una pretensión como derecho, o de aceptar que una pretensión tiene las condiciones para ser un derecho humano protegido constitucionalmente.

Respecto a los criterios usados para identificar a estos derechos, en este trabajo se han propuesto cuatro; unidad de la naturaleza humana, prioridad, universalización y armonización, legitimidad; que permiten conservar la completitud y armonía del sistema de derechos humanos.

Los casos que han sido analizados en esta investigación demuestran que la Suprema Corte Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de derechos humanos no escritos mediante interpretación de la Constitución para el sistema mexicano. En este trabajo se propone clasificar estos derechos de tres formas: A) Reconocimiento de un derecho humano como parámetro de regularidad. B) Reconocimiento de un derecho humano como consecuencia reparadora. C) Reconocimiento de un derecho humano como modo de otro existente.

Séptima. Sobre el reconocimiento de derechos humanos no escritos como un deber constitucional. Esta demanda de reconocer derechos humanos no escritos en la Constitución se traduce en un deber para los jueces constitucionales que deriva: 1. De la obligación de proteger

los derechos humanos conforme al principio de progresividad previsto en el artículo 1° Constitucional, a fin de lo cual incluso quedan facultados para interpretar las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la propia Constitución y tratados internacionales, de la manera que más favorezca a la personas; y 2. De la exigencia de dar respuesta a todas las controversias y casos que se les planteen prevista en el artículo 17 constitucional que contiene la garantía de acceso a la justicia, que obliga a emitir resoluciones de manera completa, desde luego, de acuerdo al sistema de fuentes previamente establecido. De esa manera, los derechos humanos, tanto en su contenido como en su titularidad, se ampliarán con la interpretación que hacen de ellos los tribunales constitucionales para preservar la vigencia y efectividad de la Norma Fundamental en esta materia.

Octava. Sobre el papel de los jueces. La defensa de una pretensión legítima que aspira a ser un derecho humano y que no encuentra alojo en una disposición constitucional depende de la interpretación que los jueces pueden hacer del texto Constitucional, la solución ante la falta de previsión es la exégesis de la Constitución, que implica que el juez preste atención a los derechos explícitos, para reconocer los derechos implícitos. Hoy en día el juez constitucional debe realizar una labor de interpretación, a fin de salvaguardar la supremacía y vigencia constitucional respecto a los derechos humanos. Esto implica una actividad descubridora por parte del juez intérprete, quien se debe concentrar en deducir la posibilidad de proteger nuevas exigencias sociales como derechos, a partir de los diferentes elementos que se concentran en la Constitución. Se trata de hacer explícito lo implícito.

Novena. Sobre la plenitud constitucional en materia de derechos. La Constitución no se agota en su articulado, debe ser interpretada en contexto: en su espíritu, sus principios, sus valores, sus fines, su sociedad, su cultura, su historia y su filosofía. Si el juez constitucional, al enfrentarse a casos paradigmáticos donde se plantee la

protección de exigencias necesarias para mantener la dignidad humana, recurre a una interpretación donde integre y armonice todos esos elementos, puede entonces decirse que está ante un sistema completo de derechos humanos. Ello exige una interpretación global de la constitución que permite abrir el plexo de derechos. En suma, la plenitud constitucional del sistema de derechos humanos está en su apertura, así se da cabida a la recepción y protección de derechos humanos no escritos para que sean reconocidos en la vía judicial mediante un ejercicio de interpretación del juez constitucional.

FUENTES CONSULTADAS

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª ed., trad. Esteban Calderón et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Fuentes del derecho”, en Fabra Zamora, Jorge Luis (Coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, v. II, 2015.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Bulygin Carlos, *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Colombia, Astrea-Universidad de Medellín, 2013.
- Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Sobre la existencia de normas jurídicas*, 3ª ed., México, Fontamara, 2011.
- ALEXY, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año V, núm. 8, enero-junio de 2000.
- Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, 3ª ed., trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2013.
- Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría Principalista*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson, 1997.
- ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y Normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ATIENZA, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3ª ed., España, Ariel, 2005.
- “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”, en Andrés Ibáñez, Perfecto, *La experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- AYMERICH OJEA, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos: Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, España, Tirant lo Blanch, 2001.
- BACHOF, Otto, *Jueces y constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz, Civitas, Madrid, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La proyección de la constitución sobre el ordenamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BALTAZAR ROBLES, Germán Eduardo, *Derechos humanos, derechos fundamentales, juicio de amparo y reparación integral*, México, (s.l.), Complejo Educativo de Desarrollo Integral, 2015.
- BARZOTTO, Luis Fernando, "Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial" en Mora Gabriel (coord.), *Retos del Derecho Constitucional Contemporáneo*, Colombia, Astrea, 2013.
- BEUCHOT, Mauricio y Saldaña Serrano Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, 2ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- *Derechos Humanos, filosofía e historia*, 5ª ed. México, Fontamara, 2011.
- *Filosofía y Derechos Humanos*, 5ª ed., México, Siglo XXI, 2004.
- *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, UNAM, 2015.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", en Méndez Silva, Ricardo, (Coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- *La interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Argentina, Ediar, 1994.
- *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Argentina, Ediar, 1994.

- BLAUBERG, I., *Diccionario de Filosofía*, trad. Alejandro Méndez García, México, Ediciones Quinto Sol, 2014.
- BLOCH, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. Felipe González, España, Aguilar, 1961.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª ed., trad. Jorge Guerrero, Temis, Colombia. 2007.
- El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asis, Madrid, Sistema, 1991.
- El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, España, Altaya, 1991.
- BULYGIN, Eugenio, “Lógica y normas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Núm. 1, octubre de 1994.
- “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 04, 1987.
- Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999.
- CARACCILO, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime “Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional” en Ferrer McGregor, Eduardo, et al. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. V.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- CARPIO MARCOS, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 3, julio-diciembre, 2000.
- CARPIZO, JORGE, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año XLII, número 125, mayo-agosto, 2009.
- La Constitución Mexicana de 1917*, 16ª ed., México, Porrúa, 2013.
- COELLO NUÑO, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, México, México Universitario-José María Bosch Editor, 2005.
- COSSÍO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947.

- COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “La crisis de la fundamentación de los derechos humanos en el siglo XIX” en Moreno Bonett, Margarita y González Domínguez, María del Refugio (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- Valores superiores e interpretación constitucional*, México, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009.
- DÍAZ ROMERO, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- DIEMER, A. et al., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*; trad. Graziella Baravalle, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1985.
- DOUGLAS PRICE, José Eduardo, *La decisión judicial*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- DWORKIN, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?”, trad. Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 32, Abril de 2010.
- Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, España, Ariel, 2012.
- ENDICOTT, Timothy, *La Vaguedad en el derecho*, trad. J. Alberto del Real Alcalá, Madrid, Dyckinson, 2006.
- Palabras y Reglas*, trad. Rodrigo Sánchez Brigido, México, Fontamara, 2004.
- ERNST, Carlos, *Los derechos implícitos*, Argentina, Marcos Lerner Editora, 1994.
- ESTÉVEZ, Ariadna y Vázquez, Daniel (coords.), *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*, México, FLACSO, 2015.
- Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, México, FLACSO, 2010.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- “Función legislativa y Función Judicial”, en Báez Silva, Carlos et al. (coord.) *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, México, Porrúa, 2009.

- FARIÑAS DULCE, María José, “Sociología de los Derechos Humanos”, en Añon, María José (coord.), *Derecho y sociedad*, España, Tirant lo Blanch, 1998.
- FEREJOHN, John A. et al., *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., trad. Perfecto Andrés, España, Trotta, 2009.
- FERRARI, Vincenzo, *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, trad. Santiago Perea Latorre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitutionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora Cañada et al., Madrid, Trotta, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, 7ª ed., trad. Manuel Martínez Neira, España, Trotta, 2016.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Porrúa, 2015.
- FLORES MARTÍNEZ, Alejandra, *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la Constitución española*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.
- FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. Jaime Restrepo, Bogotá, Temis, 1991.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II*, 3ª ed., trad. Manuel Olasagasti, España, Sígueme, 1998.
- Verdad y Método*, 13ª ed., trad. Ada Agud Aparicio, España, Sígueme, 2012.
- GARZÓN, Valdés, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?” en Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Argentina, Depalma, 1987.

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia: Su conocimiento y su formación*, 4ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018
- GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y el artículo 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 4, año 2000, pp. 145-172.
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.
- “Sobre el concepto de constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 1, julio-diciembre 1999, pp. 161-176.
- Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 9ª ed., México, Porrúa, 2016.
- Interpretar y Argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Mínima Trotta, 2008.
- Estudios de Teoría Constitucional*, 4ª ed., trad. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2013.
- HABERLE, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993, pp. 149-168.
- El Estado Constitucional*, 2ª ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Dianoia*, México, UNAM-Instituto de Investigación Filosóficas, Vol. 55, Núm. 64, 2010, pp. 3-25.
- Verdad y justificación: ensayos filosóficos*, trad. Pere Fabra et al., Madrid, Trotta, 2002.
- HECK, Philipp. *El Problema de la Creación del Derecho*, México, Colofón, 1994.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2ª ed., trad. Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, México, INEHRM, 2018.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, “Constitución y derechos fundamentales”, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la*

- Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, México, Porrúa, 2016.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Interpretación Constitucional” en Ferrer MacGregor, Eduardo et al. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. VI.
- Teoría del derecho: Cuestiones relevantes*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. Pedro Ribas, España, Gredos, 2010.
- Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 16^a ed., trad. Manuel García Morente, México, Porrúa, 2013.
- KAUFMANN, Arthur, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, trad. Andrés Ollero, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, Universidad de Granada, núm. 50, 2016, pp. 133-142.
- Filosofía del Derecho*, trad. Luis Villar et al., Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2006.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*, trad. Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Teoría General del Derecho y del Estado*, 3^a ed., trad. Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Teoría General del Estado*, 5^a ed., trad. Luis Legaz Lacambra, México, Fontamara, 2015.
- Teoría Pura del Derecho: El método y los conceptos fundamentales*, 2^a ed., trad. Luis Legaz Lacambra, México, Colofón, 2015.
- Teoría Pura del Derecho: introducción a la ciencia del derecho*, 3^a ed., trad. Moisés Nilve, México, Coyoacán, 2019.
- Teoría Pura del Derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge T. Tejerina, México, Época, 2008.
- LAPORTA, Francisco J., “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Año 6, 2002, pp. 133-151.
- “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 04, 1987, pp. 22-45.

- LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, España, Reus, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)*, México, Universidad Iberoamericana, 2010.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Club de lectores, 1984. Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes", en Flores Mendoza, Imer Benjamín (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, INEHRM, 2016.
- MELÉNDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 8ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer - Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- MENDOZA ÁLVAREZ, Carlos (comp.), *¿Qué es hoy la dignidad humana?*, México, Universidad Iberoamericana, 2015.
- NACIONES UNIDAS, Resolución de Asamblea General, número 548 (VI) del 5 de febrero de 1952.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, España, Ariel, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- 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.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México: Estudios sobre constitucionalización del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- OST, Francois, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 14, 1993, pp. 169-194.
- PARODI REMÓN, Carlos, "¿Activismo o garantismo judicial?" en Ferrer MacGregor, Eduardo, et al., (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. X.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et al., *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PELE, Antonio, *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson, 2010.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, “La administración de justicia constitucional” en Malem, Jorge et al. (comp.), *La Función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Concepto y Concepción de los Derechos Humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa*, España, Universidad de Alicante, núm. 04, 1987, pp. 47-66.
- “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993, pp. 179-198.
- Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., España, Tecnos, 2010.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio; *Breve diccionario Latín-Español Español Latín*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014.
- PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación: El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, trad. Horacio Sánchez Pulido, et al., Colombia, Universidad de Externado, 2014.
- POZZOLO, Susanna (ed.), *Disposición vs. Norma*, Perú, Palestra Editores, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, número 9, Mayo-Agosto, 1991, pp. 175-198.
- Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2014.
- Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, México, Ubijus, 2014.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., España, Espasa, 2001, t. I.
- RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973.
- Nueva filosofía de la técnica jurídica*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

- Tratado general de filosofía del derecho*, 21^a ed., México, Porrúa, 2013.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, 2^a ed., trad. Agustín Domingo, Madrid, Caparros Editores, 2003.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos: Origen y justificación*, 2^a ed., España, Dykinson, 2010.
- ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006.
- ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, traducción de José Luis Baena de Simón et al., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1994.
- Jurisdicción, Constitución y Derecho*, México, Fontamara, 2007.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 1986, t. XIV.
- “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Konrad Adenaur Stiftung, Año XVII, 2011, pp. 527-541.
- La interpretación judicial de la Constitución*, 2^a ed., Argentina, LexisNexis, 2006.
- SÁINZ PALACIOS, Inmaculada, *El ordenamiento jurídico, la plenitud*, Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2007.
- SALCEDO CAMACHO, Carlos Ramón, “Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenaur Stiftung, Año XXII, Bogotá, 2016, pp. 532-539.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- SERNA BERMUDEZ, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales: bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- SILVA KELLY, Susane Alflen da, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. de Humberto Orduz Maldonado, Bogotá, Temis, 2006.
- SQUELLA, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, México, Fontamara, 1995.

- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, España, Dykinson, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenéutica y decisión judicial*, Bogotá, Pontificia Universidad, 2013.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho: Introducción a la ciencia jurídica*, Fontamara, México, 2011.
- TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley*, trad. Diego Vecchi, Perú, Palestra Editores, 2013.
- THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- TREVES, Renato, *Sociología del derecho y socialismo liberal*, trad. Luis C. Aparicio et al., España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot-LexisNexis, 2004.
- Interpretación jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación*, trad. Ana Cebeira, et al., Madrid, Dykinson, 2007.
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1988.
- Sentido y Hecho en el Derecho*, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, México, Fontamara, 2008.
- ZACCARIA, Giuseppe, “Hermenéutica jurídica, comprensión del Derecho, traducción”, en Hermida del Llano, Cristina et al., (coord.), *Una filosofía del derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*, España, Congreso de los Diputados, 2015.
- ZALDÍVAR, Arturo y MAGALONI, Ana Laura, “El ciudadano olvidado” en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007.